BnF Gallica

Faculté de droit de l'Université de Nancy. L'Arrêt Blanco, la thèse de la compétence administrative en matière de [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF Gallica

Luchet, Just. Faculté de droit de l'Université de Nancy. L'Arrêt Blanco, la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État, thèse pour le doctorat soutenue... par Just Luchet,.... 1935.

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

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

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

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

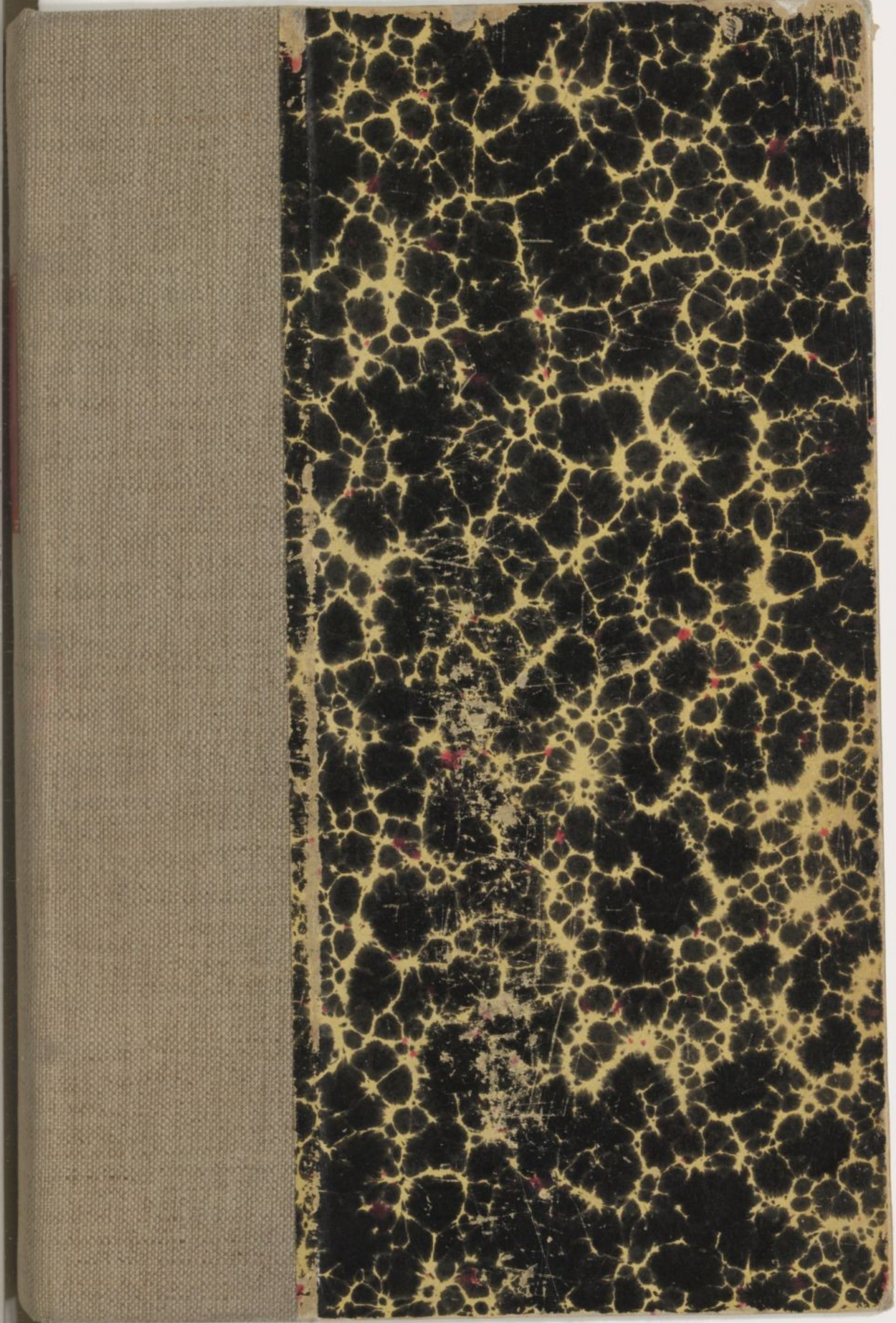
- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions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

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

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

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

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



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

LE DOUARIN REL

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

L'ARRÊT BLANCO

30.046

LA THÈSE DE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT

« Il y a des victoires *per se* et des victoires *per accidens* ».

(Paul VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, p. 75.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue devant la Faculté de Droit de Nancy

le 27 Février 1935, à 14 heures

PAR

JUST LUCHET

Ancien Élève de l'École Polytechnique

MEMBRES DU JURY :

Président : **M. Louis TROTABAS,** *Professeur*

Assesseurs { **M. TEITGEN,** *Agrégé*
M. GROS, *Chargé de Cours*

PARIS

LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais

1935

C.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

8° F
38533

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. SENN (✲, ✿, ⁂ I).
Doyens honoraires : MM. F. GÉNY (C ✲, ⁂ I), MICHON (✲, ⁂ I).

Professeurs honoraires :

MM. MAY (✲, ⁂ I).
CARRÉ DE MALBERG (✲, ⁂ I).
ROLLAND (⁂ I).
MOREL (⁂ I).
GÉNY (F.) (C ✲, ⁂ I).

Maître de conférences honoraire : M. MÉLIN (⁂ I), docteur en droit.

MM. GÉNY (C ✲, ⁂ I), professeur de Droit civil.
MICHON (✲, ⁂ I), professeur de Droit romain.
BROCARD (✲, ⁂ I), professeur d'Economie politique.
SENN (✲, ✿, ⁂ I), professeur de Droit romain.
HENRY (⁂ I), professeur de Droit criminel.
KRŒLL (⁂ I), professeur d'Histoire du Droit.
LALOUEL (⁂ I), professeur de Droit international public.
LESCOT (⁂ I), professeur de Droit commercial.
SIMONNET (⁂ I), professeur de Droit civil.
VOIRIN (✿, ⁂ A), professeur de Droit civil.
TROTABAS (✿, ⁂ A), professeur de Droit administratif et de Législation financière.
PARISOT (⁂ A), professeur de Droit civil.
DE MENTHON, professeur d'Economie politique.
DURAND, agrégé de Droit privé.
MARCHAL, agrégé d'Economie politique.
TEITGEN, agrégé de Droit public.
GROS, docteur en Droit, chargé de cours de Droit public.
BERTRAND (⁂ I), secrétaire.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

L'ARRÊT BLANCO

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

LA THÈSE DE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT

« Il y a des victoires *per se* et des victoires *per accidens* ».

(Paul VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, p. 75.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue devant la Faculté de Droit de Nancy

le 27 Février 1935, à 14 heures

PAR

JUST LUCHET

Ancien Élève de l'École Polytechnique

DON 210012 Th

MEMBRES DU JURY :

Président : **M. Louis TROTABAS,** *Professeur*

Assesseurs { **M. TEITGEN,** *Agrégé*
M. GROS, *Chargé de Cours*

PARIS

LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais

1935

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

« Hélas ! que de juristes n'ont pour toute philosophie que l'empirisme, ou, ce qui revient au même, le dogmatisme autoritaire de quelques formules qu'ils répètent religieusement, et dont toute critique leur paraît impie, comme s'ils avaient le pressentiment qu'à les creuser, on y trouverait le néant. »

Georges RENARD, *Théorie de l'Institution*, I, 1930, p. 471.

« La science du Droit, comme presque toutes les autres, consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables. »

MERLIN, *Rép.*, t. XI, v° *Novation*, p. 624.

Les deux retentissants arrêts *Dame Mélinette* et *Verbanck*, rendus les 11 juillet et 27 novembre 1933 par le Tribunal des Conflits, ont implicitement et indirectement remis en cause le principe de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat, qui paraissait acquis en vertu d'une jurisprudence constante de cette haute juridiction, se référant elle-même à son arrêt historique *Blanco*, du 8 février 1873.

C'est l'examen explicite et direct de cette décision *Blanco* — et de ce principe — qui doit faire l'objet de la présente étude.

Dans l'ordre juridique, comme dans l'ordre théologique, il est une « légende dorée » où certaines figures apparaissent entourées d'une lumineuse auréole et certains noms d'une vénération particulière. Tel est, notamment, dans les fastes de la jurisprudence, l'arrêt *Blanco*. Il n'est pas de tribunal qui ne s'interdise d'officier, en matière de responsabilité de la Puissance publique, sans le secours de ce canon. Il n'est pas de juge suppléant qui, dès son plus jeune âge — judiciaire — n'ait été exercé à la récitation de cette formule liturgique. Il n'est pas de candidat à la licence —

voire au doctorat — qui ne lui assigne la région la plus respectueuse et la moins compréhensive de sa mémoire (1).

Malgré la surprise de l'arrêt *Dame Mélinette*, qui n'apparaît encore que comme une alerte, l'arrêt *Blanco* garde, après l'arrêt *Verbanck*, l'avantage de la position acquise. Devions-nous pour cela, comme la généralité de nos prédécesseurs (2), nous porter du côté du nombre et voler au secours de la victoire administrative — si accidentelle et aujourd'hui si compromise soit-elle ? — En toute sincérité, nous l'avons d'abord voulu... et puis... en toute conscience, nous ne l'avons pas pu. C'est sous la pression impérieuse de la logique et de la morale juridiques que nous a paru s'imposer la mise en jugement — le procès — de l'arrêt *Blanco*.

Cela dit quant à la *position* de notre étude, nous devons maintenant, quant à sa *composition*, la justifier d'une anomalie apparente.

Elle s'ouvrira, en effet, sur une Introduction occupant, à elle seule, le cinquième du volume — et dont voici les raisons. Nous verrons, non seulement que l'argumentation de l'arrêt *Blanco*, décision de compétence, est à base de fond, mais que la thèse de la compétence administrative pour la responsabilité civile de l'Etat est édifiée en majeure partie sur la considération de la spécialité prétendue de cette matière (3). D'où l'utilité d'un examen préalable

(1) C'est ainsi que, dans une des thèses les plus justement appréciées sur la responsabilité des fonctionnaires, celle de M. DE NESMES-DESMARETS, Montpellier, 1910, p. 312, on relève l'énonciation suivante : « Le Tribunal des Conflits déclare irresponsable l'Etat pour un acte de gestion dommageable : nous voulons parler de la *trop fameuse* affaire *Blanco* (Conflits, 8 février 1873)... ». Or, nous permettrons-nous d'observer, si, dans l'affaire *Blanco*, le Tribunal des Conflits a cru devoir — et pouvoir — à l'occasion et sous le couvert d'une question de compétence rendre une décision de fond sur le principe général de la responsabilité de l'Etat, il n'est cependant pas allé jusqu'à statuer sur cette responsabilité dans l'espèce en cause. Par ailleurs, le Tribunal des Conflits a si peu « déclaré l'Etat irresponsable » le 8 février 1873, que, le 8 mai 1874, le dit Etat a très bien été « déclaré responsable » par le Conseil d'Etat (*Blanco*, 8 mai 1874, Rec. 416). Rien ne saurait mieux témoigner de ce que l'on nous permettra d'appeler : la psychose de l'arrêt *Blanco*.

(2) Les thèses ROGER, RAJON, TIRARD, SOURDOIS (v. *infra*, notre Bibliographie, p. 475) ne daignent même pas mettre en question la compétence, si ce n'est pour critiquer la jurisprudence judiciaire (v. TIRARD, p. 80 et s.). La thèse COUZINET, la seule, à notre connaissance, sur la compétence, mène le combat pour la plus grande compétence administrative...

(3) « C'est, en effet, principalement dans le but de soustraire les actions en responsabilité contre l'Etat à la connaissance des tribunaux judiciaires qu'on a cherché à démontrer qu'il devait être soustrait au droit commun. » (Léon MICHOUD, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, I, p. 406). Nous aurons, d'ailleurs, amplement à revenir sur cette interdépendance en notre matière de la compétence et du fond, « entrelacement » déjà entrevu dans la thèse précitée COUZINET, p. 164.

de ce que nous appellerons : *la responsabilité dans le service public* (4). Mais ce problème lui-même, doit-on l'aborder d'emblée dans le cadre du Droit public — ou au contraire par référence au Droit privé ? La réponse à cette question préalable nous est fournie par Maurice Hauriou en ces termes :

« Le principe fondamental qu'il faut considérer comme étant de droit naturel et comme la pierre anguaire de la liberté, c'est que la vie publique est exceptionnelle par rapport à la vie privée qui est la réalité première » (5).

N'en ressort-il pas l'impérieuse nécessité logique : non pas certes de *conformer* le régime du Droit et du service publics à celui du Droit et du service privés, mais, au moins, de les *confronter* en vue de les *composer* ? Pas plus que comparer n'est confondre, harmonie n'est uniformité. Et pourquoi ces deux Droits — non : ces deux modes du Droit tout court — ne bénéficieraient-ils pas, l'un et l'autre, de cette conjonction ? Et comment, dès lors, admettre sans s'émerveiller avec nous que le tableau de la responsabilité dans le service public ait pu être tant de fois brossé autrement que sur le fond de la responsabilité dans le service privé ? L'ordre naturel de marche n'est-il pas, au contraire, de partir de celle-ci pour, à son regard, apprécier et puis aménager harmoniquement la spécificité du service public : *utilitate communi servata, suam cuique tribuere dignitatem ?* (6)

Ainsi s'est imposée à nous une Introduction : référence du Droit public au Droit privé en matière de responsabilité civile en général et spécialement dans le service privé et public. — Introduction dont

(4) Ainsi, au cours de cette étude, l'expression : « *responsabilité dans le service* » signifiera toujours : non pas responsabilité à *l'intérieur* du service mais responsabilité *dans la conjoncture* du service et à la charge du maître du service, à raison de faits d'agents du service, accomplis *en relation avec le service*, c'est-à-dire : de faits dont *le fonctionnement — ou au moins l'existence — du service aura posé une* CAUSE *— ou, au moins, une* CONDITION (cf. *infra*, p. 62).

(5) M. HAURIOU, *Précis*, 11e éd., p. 29 et 30. — Qu'un auteur publiciste ait ainsi noblement reconnu la subordination juridique de la discipline dont il aura été un des maîtres les plus illustres, un tel témoignage nous paraît décisif. Et non moins précieux celui de M. Georges RENARD : « La société est pour l'individu et non l'individu pour la société » (*Théorie de l'Institution*, 1er vol., 1930, p. 449). Question d'Ecole ? A cette objection, si elle nous était faite, nous répondrions par cette citation d'un autre maître du Droit public, héritier intellectuel, croyons-nous, de Léon DUGUIT — et non suspect, en tout cas, d'inféodation à l'Ecole de Toulouse : « L'idéal individuel, écrit M. le professeur Roger BONNARD, a la primauté sur l'idéal social, car l'être humain doit se réaliser dans son être individuel avant de se réaliser dans son être social : *son individualité passe avant sa socialité* » (*L'origine de l'ordonnancement juridique*, Mélanges Hauriou, p. 76, 77).

(6) CICÉRON, *De inventione*, II, 53.

le développement pourra, nous le répétons, paraître excessif, mais à défaut de laquelle la suite de nos développements devrait être, à chaque instant, coupée de notes digressives.

Sous le bénéfice de ces explications, notre Plan se présente ainsi :

INTRODUCTION. — *Responsabilité et garantie en général, et spécialement dans le Service : privé et public* (7).

TITRE I. — *La préhistoire de l'arrêt* Blanco.

TITRE II. — *L'arrêt* Blanco *et sa fortune.*

TITRE III. — *La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat.*

CONCLUSION et CONSTRUCTION.

Pour oser — après tant de maîtres éminents et avec la seule excuse d'une longue pratique personnelle — aborder une telle tâche, pour nous lancer à la découverte sur l'immensité d'un tel océan, c'est une véritable cuirasse de témérité : *aes triplex et robur*, qu'il nous faudra ceindre. Aussi bien, suivant l'expression de M. Tarde il n'est « maxime si vénérable » qui ne puisse être « sommée de produire ses titres » (8). Les temps heureux de l'apologétique nous paraissent révolus. Que notre « motif déterminant » — pour parler comme M. le professeur Jèze (9) — soit d'interrompre « la durée en paix » (10), par la complicité de laquelle le fait tend insidieusement à s'installer en droit, nous n'avons, de nous en défendre, aucune raison, au contraire.

Peut-être, en cours de route, nous arrivera-t-il, à notre corps défendant, de nous inscrire contre certaines conceptions consacrées, de nous séparer de certaines autorités respectées, de discuter même telle haute institution, mais ce sera toujours avec le souci de la déférence s'imposant à notre humilité et le sentiment de notre dette de gratitude envers ceux à qui — comme d'Alembert disait de Descartes — nous devons « jusqu'aux armes dont nous nous sommes servi pour les combattre ».

(7) « *Responsabilité et garantie* », l'explication de ce couple viendra dans le Sommaire et la 2e Section de l'Introduction (cf. *infra*, p. 11, n. 1 et p. 26). Pour l'expression : « *dans le service* », *v. supra*, p. 9, n. 4.

(8) TARDE, *La philosophie pénale*, 2e éd., p. 19.

(9) R. Dr. Publ., 1922, p. 377.

(10) HAURIOU, *Principes du Droit public*, 2e éd., 1916, p. 11 et 126.

Puisse, en retour, la bienveillance du lecteur venir en aide à notre audace, être indulgente à nos erreurs et nous pardonner une imperfection que nous aurons, du moins, été le premier à déplorer.

ABRÉVIATIONS

A) Ouvrages généraux

APPLETON, *Traité.* — Traité élémentaire du contentieux administratif, 1927.

BERTHÉLEMY, *Traitê élém.* — Traité élémentaire de droit administratif (édition indiquée).

Pierre DARESTE, *V. d. R.* — Les voies de recours contre les actes de la Puissance publique, 1914.

DEMOGUE, *Oblig.* — Traité des obligations en général (tome indiqué).

DUEZ, *R. P. P.* — Responsabilité de la Puissance publique (en dehors du contrat), 1927.

DUGUIT, *Traité III.* — Traité de droit constitutionnel, 3e édition, t. III, **1930.**

HAURIOU. — *Précis.* — Précis de droit administratif (édition indiquée).

E. LAFERRIÈRE, *Traité.* — Traité de la juridiction administrative, 2e édition, t. I et II, 1896.

LALOU, *R. C.* — Responsabilité civile, 1928.

H. et L. MAZEAUD, *R. C.* — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 1re édition, t. I et t. II, 1931.

MICHOUD, *Pers. mor.* — La théorie de la personnalité morale, 3e édition, 1932, par Louis TROTABAS.

N. A. H. — Notes d'arrêts publiées au Recueil Sirey par Maurice HAURIOU, 1929.

P. R. E., *Oblig.* — Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, Traité pratique de droit civil français. Les obligations par Paul ESMEIN : t. I, 1930 ; t. II, 1931.

TEISSIER, *R. P. P.* — Responsabilité de la Puissance publique, 1906.

B) Revues

Rev. Crit. — Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
R. Dr. Publ. — Revue du Droit public et de la Science politique.
R. G. A. — Revue Générale d'Administration.
R. G. D. L. J. — Revue Générale du Droit de la Législation et de la Jurisprudence.
R. Métaph. — Revue de Métaphysique et de Morale.
R. Pénit. — Revue Pénitentiaire.
R. Sc. et lég. fin. — Revue de Science et de Législation Financières.
R. Tr. Dr. Civ. — Revue Trimestrielle de Droit civil.

C) Recueils et Répertoires

DALLOZ, J. G. — Jurisprudence Générale.
DEV. — DEVILLENEUVE (Commencement de la collection du Recueil SIREY au début du XIXe siècle).
D. H. et D. P. — DALLOZ, Recueil hebdomadaire et Recueil périodique.
Gaz. Pal. — Gazette du Palais.
Gaz. Trib. — Gazette des Tribunaux.
J. P. J. A. — Journal du Palais, Jurisprudence administrative
Rec. — Recueil LEBON, Arrêts du Conseil d'Etat.
S. — SIREY, Recueil général des lois et arrêts.

INTRODUCTION

Responsabilité et garantie (1) en général et spécialement dans le service : privé et public

---

« L'idée de réparation est une des plus vieilles idées morales de l'humanité ».

Georges RIPERT, *La règle morale*, 2e éd., 1927, p. 223.

Nous nous proposons de présenter ici un simple élément de contribution à la vaste théorie générale désignée, selon la terminologie en vigueur, sous le nom de : théorie de la *responsabilité civile*, pour nous attacher spécialement à la conjoncture du *service*. Notre exposé se développera, par voie de synthèse, dans l'ordre suivant :

SECTION I. — *Responsabilité* (lato sensu) *et préjudice.*

SECTION II. — *Distinction procédant de la relation entre le préjudice et le défendeur en responsabilité. Préjudice impliquant — ou n'impliquant pas — une faute du défendeur. Responsabilité* (stricto et recto sensu) *et garantie.*

(1) « RESPONSABILITÉ et GARANTIE », voici un demi-siècle que cette antithèse inouïe éclatait comme un coup de tonnerre, ébranlant un moment la sérénité séculaire de l'athmosphère juridique. Au cours de l'année 1884, un maître du barreau de Bruxelles, membre de la Chambre des Représentants, ancien Ministre des Travaux Publics de Belgique, publiait, à la fois, à Bruxelles, un livre sous ce titre (SAINCTELETTE : *De la Responsabilité et de la Garantie*, 1884, Bruylant, Bruxelles) et, à Paris, un article de Revue, sinon sous ce titre, du moins sur cet objet (Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, année 1884, p. 178 et s., *De l'importance et de la difficulté de l'appréciation du fait*). L'atmosphère — essentiellement traditionnaliste — résista, comme on résiste à la parcelle de vérité qui vous dérange... mais dont on ne se débarrasse pas. Empressons-nous d'ailleurs d'ajouter que, ce couple, *nous le désaxerons sensiblement*, ainsi qu'il apparaîtra en conclusion de la SECTION II, p. 26.

SECTION III. — *Distinction procédant de la nature du préjudice. Préjudice, responsabilité et garantie délictuels ou obligationnels* (2).
SECTION IV. — *Le Service.*
SECTION V. — *Responsabilité et garantie délictuelles ou obligationnelles dans le service.*

SECTION I

RESPONSABILITE (*lato sensu*) ET PREJUDICE

Au confluent de la Religion, de la Morale et du Droit, se dresse, comme un Principe éternel, universel et souverain : L'OBLIGATION DE RÉPARER LE MAL, OU, plus précisément, la sauvegarde de l'équilibre que constitue LE JUSTE par l'obligation de réparer la rupture d'équilibre que constitue L'INJUSTE (3).

C'est en cette obligation que se définit généralement — et que nous définirons provisoirement (4) — LA RESPONSABILITÉ.

Depuis qu'il y a des hommes et qui agissent — quelquefois bien et souvent mal (5) — il n'est pas, semble-t-il, de question à la fois plus générale, plus grave et plus délicate, plus familière et plus angoissante, plus âprement discutée et tous les jours plus actuelle (6), que celle de la responsabilité de l'activité humaine : obligation, nous le répétons, de réparer le mal.

Nous confinant dans l'ordre juridique, nous préciserons, tout d'abord, que le « mal » juridique consistant en une atteinte à un

(2) L'explication du remplacement de « contractuel » par « obligationnel » fait l'objet de la SECTION III (p. 27).

(3) « Il y a, au fond de l'idée de justice, quelque chose qui déborde et dépasse tous nos concepts et tous nos préceptes : l'idée d'un équilibre essentiel qui doit être rétabli lorsqu'il a été rompu, parce que, dans l'ordre moral, à l'inverse de l'ordre physique, la réversibilité est la loi. » (Jacques CHEVALIER, *Le Concept et l'Idée*, Mélanges Hauriou, 1929, p. 132) — « Un cas de responsabilité civile suppose avant tout, selon M. Paul DUEZ (*R. C. C.*, Introd., p. VII), un équilibre économique à rétablir entre deux patrimoines. » Enfin, l'auteur d'une remarquable thèse de philosophie juridique : M. Pierre LOUIS-LUCAS, *Volonté et Cause*, Paris, 1918, p. 134, a trouvé cette belle formule de la « NÉCESSITÉ COMPENSATOIRE INCLUSE DANS UNE PRESTATION OU DANS UN FAIT », exprimant merveilleusement le principe de la responsabilité (« contractuelle » ou « délictuelle »).

(4) Nous donnons un peu plus loin (*infra*, p. 13, n. 7) la raison de cet adverbe.

(5) « *Domine, quoties peccabit in me frater meus et dimittam ei? Usque septies? Dixit illi Jesus: Non dico tibi usque septies, sed usque septuagies septies.* » (MATTH., XVIII, 21). Cf. DEMOGUE, *Traité des Obligations*, t. III, 1923, p. 465, n° 280 : « Ces fautes légères, ces péchés que le plus grand saint commet sept fois par jour. » Le savant professeur, on le voit, est encore loin de compte.

(6) On n'a point oublié le spirituel et sévère opuscule où le regretté Emile FAGUET nous dénonçait : « *L'horreur des responsabilités.* »

objet juridiquement protégé : soit *l'ordre social*, soit *un droit individuel*, la sauvegarde de l'ordre social ou de l'individu atteints, apparaît, elle-même, en l'obligation imposée : soit à l'agent violateur, *soit à une autre personne*, de réparer les conséquences de cette atteinte. C'est en cette OBLIGATION DE RÉPARATION RÉPRESSIVE D'UNE ATTEINTE A L'ORDRE SOCIAL OU DE RÉPARATION RESTITUTIVE D'UNE ATTEINTE A UN DROIT INDIVIDUEL (cette dernière constituant, nous le verrons dans un instant, LE PRÉJUDICE), que résidera, pour nous comme pour la langue courante — MAIS, POUR NOUS, A TITRE PROVISOIRE SEULEMENT (7) — la définition juridique de la « RESPONSABILITÉ », « PÉNALE » OU « CIVILE ».

Ainsi se dessine une première distinction entre :

— la responsabilité *pénale*, obligation de réparation *répressive* d'une atteinte à *l'ordre social* (8), justice *punissante*, punition CONTRE l'agent ;

— et la responsabilité *civile*, obligation de réparation *restitutive* d'une atteinte à un *droit individuel*, justice *indemnisante*, récompense (9) POUR le patient.

Laissant hors de notre champ la responsabilité pénale (10), nous n'avons à connaître ici que de la responsabilité civile : *obligation de réparation restitutive d'une atteinte à un droit individuel*, obligation conçue, nous ne saurions trop le répéter : non comme une punition *contre l'agent*, mais comme une récompense *pour le patient*.

Nous en aborderons l'étude par une définition, ou plutôt par un redressement terminologique, dont la suite révèlera l'intérêt (11). Contrairement à la pratique générale de la langue juridique (12), mais conformément à des autorités philologiques non discutables, nous nous refuserons à admettre la synonymie entre les termes « *dommage* » et « *préjudice* » (13). Pour nous, le *dommage* sera

(7) Telle est, en effet, la consécration séculaire de la terminologie dont nous nous proposons de demander, *non pas même la modification, mais simplement la précision*, que nous ne pouvons en découvrir les points faibles qu'en commençant par l'adopter nous-même. Ainsi donc ferons-nous.

(8) Ou, plus exactement : « à l'ordre général de l'Etat » (Conclusions de M. l'avocat général MATTER dans l'affaire Cass. Ch. réunies, 29 janv. 1931, Gaz. Pal., 1931.I.256, col. 1, *in fine*).

(9) *Au sens juridique* de ce terme. naturellement.

(10) Que la raison ne nous paraît pas permettre de concevoir à l'égard de la Puissance publique : cf. Léon MICHOUD, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, II, p. 31 — du moins en droit *interne*.

(11) V. *infra*, p. 317 ; 322 ; 324, n. 175.

(12) Aussi bien doctrinale et jurisprudentielle que législative.

(13) Synonymie avouée notamment par MM. H. et L. MAZEAUD, *R. C. I.*, p. 192, note 1. Par ailleurs, il est vraiment rigne de remarque qu'on a peine à trouver,

l'atteinte *quelconque*, alors que le *préjudice* sera l'atteinte *injuste* (14). L'intérêt étant *le genre* dont le droit est *l'espèce juridiquement protégée*, *le dommage étant l'atteinte à un intérêt*, le préjudice étant l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé qui est un droit, LE PRÉJUDICE SERA UNE ESPÈCE — L'ESPÈCE INJUSTE — DU GENRE DOMMAGE : DAMNUM INJURIA DATUM (15). L'autre espèce — l'espèce non injuste — du genre dommage : DAMNUM SINE INJURIA DATUM (16), sera le *simple « dommage »*.

Et il apparaît, dès lors, de toute évidence, que la question *première*, la question *préalable* d'un procès en responsabilité sera précisément de savoir si tel intérêt prétendu lésé est réellement un droit — si tel *dommage* invoqué constitue — ou non — un *préjudice* — réellement *opposables* par le patient demandeur au défendeur en responsabilité (17).

Le préjudice étant ainsi défini, il convient de passer à la double différenciation qui en procède pour la « responsabilité civile », dont il constitue la base.

D'une part, quant à la *relation entre le préjudice et le défendeur en responsabilité*, on distingue : le préjudice *impliquant* — et le préjudice *n'impliquant pas* — une faute du défendeur : à chaque hypothèse correspond respectivement *une nature* de responsabilité — ou plus exactement (on verra bientôt la raison de cette réserve) : *d'obligation de réparation*.

D'autre part, quant à la *nature intrinsèque du préjudice*, nous distinguerons : le préjudice *obligationnel* et le préjudice *délictuel*, à chacun desquels correspond respectivement *un régime* d'obligation de réparation.

dans un traité de Droit civil ou même de responsabilité civile, la définition de l'un ou l'autre de ces deux prétendus synonymes.

(14) Nos références sont : le DICTIONNAIRE DE L'ACADÉMIE et — surtout — celui de MM. HATZFELD, DARMESTETER et THOMAS, qui définissent le « *préjudice* » comme un « *tort* » et le « tort », comme un « *dommage* causé *indûment* ». Le mot « tort » ayant passé le Détroit (Cf. A. GÉRARD, *Les « torts » en Droit anglais*, Thèse Rennes, 1911) — et les Alpes (Cf. R. Tr. Dr. Civ., 1933, p. 794 et 795), nous avons conservé « préjudice ».

(15) Cf. H. et L. MAZEAUD, *R. C. I*, n° 27, p. 24.

(16) Le refus d'un permis de chasse, *préjudice* pour un honnête citoyen, n'est que simple *dommage* pour un repris de justice. De même, l'interdiction d'un cortège ou la fermeture d'un établissement dangereux sont *préjudices ou dommages* selon qu'elles sont régulières ou non (v. *infra*, p. 324).

(17) Sur la condition de la lésion d'un droit *opposable* par le demandeur au défendeur, cf. L. JOSSERAND, *Cours de Dr. civ.*, t. II, 1930, n° 424, p. 203 : « Les actions ne sont que *des droits* en action » et n° 425, p. 204. « Il ne faut pas que l'adversaire puisse opposer un droit *plus fort* ». — Emmanuel LÉVY, *Responsabilité et Contrat*, R. Crit., 1899, p. 365 : « Il s'agit de savoir s'il y atteinte à un droit *qui existe par rapport à nous.* » — R. DEMOGUE, *Oblig.*, III, n° 226, p. 369 : « Il

SECTION II

DISTINCTION PROCÉDANT DE LA RELATION ENTRE LE PRÉJUDICE ET LE DÉFENDEUR EN RESPONSABILITÉ PRÉJUDICE IMPLIQUANT — OU NON — UNE FAUTE DU DÉFENDEUR : **RESPONSABILITÉ** (*stricto et recto sensu*) **ET GARANTIE**

La responsabilité (au sens large ci-dessus adopté : *obligation de réparation*) civile étant, nous ne saurions trop le répéter, NON UNE PUNITION CONTRE LE DÉFENDEUR, MAIS UNE RÉCOMPENSE POUR LE DEMANDEUR, il en résulte logiquement que cette obligation de réparer le préjudice n'est pas nécessairement imposée à une personne à qui la production de ce préjudice est *imputable*, *reprochable*, comme une *faute*, c'est-à-dire comme une *action ou une abstention blâmable*, qu'il n'eût *pas dû commettre* parce que *la rectitude d'intention* (loyauté) ou *d'attention* (prudence) la lui eussent interdite.

Autrement dit, alors que nous avons vu la notion de « *dommage* » se différencier en « *dommage non injuste* » ou « *simple dommage* » et en « *dommage injuste* » ou « *préjudice* », de même nous relevons — au regard du défendeur en responsabilité — une distinction du préjudice, en préjudice « *non coupable* » et en préjudice « *coupable* » ou, pour employer la terminologie admissible d'Ihering : « *l'injustice objective* » constituée par une « lésion non coupable » et « *l'injustice subjective* » constituée par une « lésion coupable » (18).

Ainsi l'obligation de réparer peut impliquer — ou non — l'existence d'une « *faute* » à la charge de la personne à laquelle elle est imposée. « L'élément de faute », observe encore Ihering, « *essentiel* » en matière de responsabilité *pénale*, est « *accidentel* » en matière de responsabilité *civile*. Autrement dit : *l'existence d'une faute commise par le responsable n'est pas la condition nécessaire de sa responsabilité qui peut être : ou* POUR *faute — ou* SANS *faute*.

On connaît — et ce n'est pas ici le lieu de rappeler — l'âpreté de la controverse qui s'est développée sur ce point, les résistances désespérément opposées, non pas, à la vérité, par la jurisprudence

faut et il suffit que le droit existe *par rapport à l'auteur du dol.* » — Et, tout particulièrement, quant à « l'atteinte au droit » opposable par l'administré à l'Etat, v. Léon MICHOUD, *Pers. mor.*, II, n^os^ 294, 295, p. 288 et s.

(18) IHERING, *De la faute en droit privé*, Trad. de O. de Meulenaere, Paris, A. Marescq, 1880, p. 7. — Autant, dans un instant (*infra*, p. 17, n. 1), nous aurons de réserves à formuler à l'égard de la « *faute* objective », autant nous adhérons à cette distinction entre « *l'injustice* » objective ou subjective (v. *infra*, p. 322, n. 165 et 324, n. 175).

administrative (19), mais par la généralité des cours d'appel et des tribunaux judiciaires (20) et, surtout, par un parti considérable de la doctrine, tant civiliste (21) que publiciste (22), à la conception d'une « responsabilité sans faute ». On sait aussi que, jusqu'à la fin du siècle dernier, la jurisprudence judiciaire tenta d'éluder la responsabilité sans faute à la faveur d'une PRÉSOMPTION-FICTION de faute qui fut dénoncée et dut être abandonnée comme un « MENSONGE JURIDIQUE DESTINÉ A CAMOUFLER LA VÉRITÉ » (23). Mais la jurispru-

(19) Nos recherches ne nous ont, en effet, pas permis de découvrir, dans la jurisprudence administrative sur la responsabilité de l'Etat, la mention d'une faute DU RESPONSABLE, c'est-à-dire DE L'ÉTAT. La faute retenue est la « faute *du service public* » (v. p. ex. : Cons. d'Et., 10 et 17 février 1905, *Tomaso Greco* et *Auxerre* (S. 1905.III.113) et, selon la très juste observation de Léon DUGUIT (*Traité*, III, p. 492), « le Conseil d'Etat, en parlant de faute du service public, a eu en vue la faute *des agents de l'Etat* ». La preuve en est que, dans plusieurs arrêts de la haute juridiction administrative, cette ellipse : « faute du service public » est très heureusement développée en l'expression : « faute A LA CHARGE du service public », elle-même expliquée par l'expression : « faute imputable AUX AGENTS DE L'ÉTAT » (v. p. ex. : Cons. d'Et., 19 mai et 23 juin 1922, *Dourdent et Gaspard*, S. 1924.III.9 et 9 mars 1923 ; *de Villesbrunne*, D. H. 1923, Chron., p. 13).

(20) Cf., notamment, pour la célèbre affaire *Jeand'heur*, l'arrêt de la Cour de Besançon (29 déc. 1925) et tout particulièrement celui de la Cour de Lyon (7 juillet 1927, D. H. 1927, p. 423), de laquelle les Chambres réunies de la Cour suprême (13 févr. 1930, D. P. 1930.1.57) ont, selon la propre expression de M. Georges RIPERT (note au D. P. précité) « BRISÉ LA RÉSISTANCE ».

(21) Témoin le magistral et magnifique Traité de MM. H. et L. MAZEAUD, qui pourrait être — après le désaveu de M. Paul ESMEIN lui-même (*Le fondement de la responsabilité contractuelle*, R. Tr. Dr. Civ., 1923, p. 690) le chant du cygne — « les plus désespérés sont les chants les plus beaux » — de la *faute du responsable, condition nécessaire de la responsabilité*. ADDE, sur ce point : la très intéressante Chronique de M. Louis JOSSERAND, « *La doctrine contre la jurisprudence* (de la Cour Suprême) » au D. H. 1931, p. 69.

(22) Après avoir, depuis 1896, proposé la théorie du « risque » pour la responsabilité de l'Etat (R. Dr. Publ., 1896, p. 51 à 65 ; Note sous Cons. d'Et., 21 juin 1895, *Cames*, S. 1897.III.33 ; *Précis Dr. adm.*, 3e éd., 1897, p. 174 ; Note sous Cons. d'Et., 31 janv. 1899, *Lepreux*, S. 1900.III.1), M. HAURIOU, en vint, à propos de l'arrêt Cons. d'Et., 10 février 1905, *Tomaso Greco* précité, non seulement à préconiser, dans sa note au S. 1905.III.113, la « théorie de la faute », mais à traduire (N. A. H., I, p. 539, 2°) « faute du service public » par « faute *de l'Etat* ». De même, dans une note relativement récente de M. MESTRE (sous Civ., 26 févr. 1912, *Comm. d'Eyguières*, S. 1914.I.17) : « le fondement de la responsabilité des personnes administratives doit être, avant tout, cherché du côté de la faute. » Cet extrémisme a inspiré à Léon DUGUIT (*Traité*, III, p. 492), de justes réserves. Mais pourquoi faut-il que le regretté doyen de Bordeaux ait cru devoir n'admettre (et n'admettre exclusivement) *la responsabilité de l'Etat sans faute de l'Etat* (*Traité*, III, p. 468, 473, 492, 496) *que pour rejeter* radicalement *la responsabilité civile individuelle sans faute* (p. 467-473) ?

(23) G. MORIN, *Le sens des transformations contemporaines du Droit*, R. Métaph., 1927, p. 259. — « La présomption irréfragable, reconnaît M. Paul ESMEIN lui-même, n'est plus qu'une présomption d'apparence ; elle cache une règle de fond. C'EST UN TROMPE-L'ŒIL » (*Trois problèmes de responsabilité civile*, R. Tr. Dr. Civ., 1934, n° 1, p. 318).

dence n'eut pas plus tôt renoncé à éluder la responsabilité sans faute qu'un parti de la doctrine allait décider de la nier : des cendres de la PRÉSOMPTION-FICTION DE LA FAUTE surgit la FALSIFICATION DE LA FAUTE. A l'imagination de la FAUTE FICTIVE succéda l'invention de la FAUTE... INNOCENTE : véritable « renaissance » de ce qu'on peut appeler : « le fétichisme de la faute » (24).

(24) La « faute sans acte illicite », dit M. Paul ESMEIN, *op. cit.*, R. Tr. Dr. Civ., 1933, p. 690. — « *On étend* la notion de faute *au delà de ce que* permet évidemment *le bon sens* », constate M. F. GORPHE, *Formation de la nouv. jurispr.*, R. Crit., 1931, p. 191. — Nombreux ont eté les systèmes imaginés à cette fin de DÉNATURATION. Il nous a paru possible d'en dépister — au moins — quatorze, qu'il ne sera pas sans intérêt de relever brièvement ici en les assortissant de leurs références, savoir :

1° « **Fait fautif** » (du premier genre) ou « **faute objective** » (du premier genre) : « simple rapport de causalité » (cf. R. SALEILLES, *Les acc. du trav.*, 1897, p. 7, 8, 11, 85. — *Contra:* M. PLANIOL, *Etudes sur la Resp. civ.*, R. Crit., 1905, p. 279) — 2° « **Fait fautif** » (du second genre) : « événement (déraillement, par exemple) portant en lui-même la marque de son origine fautive » (L. JOSSERAND, *Les Transports*, 2e éd., p. 937, 938; Note sous Tr. civ. Lectoure, 10 avril 1925, au D. P. 1925.II.105, et *Cours de Dr. Civ.*, t. II, 1930, n° 468-8°, p. 227. — G. CAMERLYNCK, *De la resp. contr. en mat. d'acc. de personnes*, R. Crit., 1931, p. 101, 102) — ce qui ramène, de la *falsification*, à la *présomption-fiction* de la faute. L'expression « fait *fautif* » n'a, comme son synonyme : « *faute* », qu'un sens correct : fait *coupable* (En ce sens : L. JOSSERAND, *Cours de Dr. Civ.*, II, n° 513 ; p. 250 ; n° 255, p. 270 : n° 558, p. 273. — H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 336, p. 287 ; n° 348, p. 294 ; n° 384, p. 319). — 3° **Faute « création de risque quelconque** » ou « **faute objective** » (du second genre) (cf. M. PLANIOL, R. Crit., 1905, p. 291. — R. SALEILLES, *La resp. du fait des choses devant la Cour suprême du Canada*, R. Tr. Dr. Civ., 1911, p. 55 et 59. — G. RIPERT, R. Crit., 1908, p. 210 et s. ; *La Règle morale*, 2e éd., 1927, p. 231. — SAVATIER, Note au D. P. 1925.II.41. — *Contra:* H. CAPITANT, *Oblig. de voisinage*, R. Crit., 1900, p. 235 et 179, n. 1 : « Il faut dire (alors) qu'il y a faute... comme l'avait déclaré un arrêt de la Haute-Cour de Münich, en 1861, à faire rouler une locomotive sur des rails ! » — 4° **Faute « création de risque exceptionnel », manquement à la « garde nécessaire** » des « **choses dangereusse** » (Cf. R. SALEILLES, Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur, cit. par MASSIGLI, *Œuvre jurid. de* R. SALEILLES, 1914, p. 441. — G. RIPERT, R. Crit., 1908, p. 212. — BOISTEL, Note sous Cass., 3 mars 1913, D. P. 1916.I.255. — Cons. d'Et., 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers ;* conclus. Commiss. du gouv. CORNEILLE, aff. Cons. d'Et., 21 mai 1920, *Colas*, R. Dr. Publ., 1920, p. 411. — G. RIPERT, Bull. de la Soc. d'ét. législ., 1921, cit. par H. L. MAZEAUD, R. C., I, p. 964 ; Note au D. P. 1922.I.27. — Paul ESMEIN, note au S. 1927.I.137. — *Contra:* SAVATIER, note au D. P. 1927.II.171. — VOIRIN, Chron. au D. H. 1929, p. 2 à 4. — JOSSERAND, Chron. au D. H. 1930, p. 6, § numéroté 3° et surtout l'argumentation péremptoire du Cours de Dr. civ., II, n°s 538 et 539, p. 261 et 262. — Enfin, critique non moins sévère de MM. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, p. 855 et 869). — 5° **Faute « injustice »**, *confusion* entre la *culpa* et l'*injuria* dénoncée notamment par J. CROUZEL, dans *La Resp. contract.*, R. G. D. L. J., 1926, p. 12, n°s 1 et 2, et par J. BRETHE DE LA GRESSAYE, *La théorie de la Resp. en dr. pénal et en dr. civ.*, R. G. D. L. J., 1928, p. 124. — 6° **Faute « préjudice** » (cf. *Discours de rentrée* prononcé par le p. g. LECLERCQ, le 15 sept. 1927, devant la Cour de Cass. de Belgique, cité par H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 385, p. 319. — Tribunal de Termonde, 3 déc. 1927, S. 1928.IV.9. — *Contra:* H. et L. MAZEAUD, R. C., I,

Du jour, en effet, où s'est imposée, du fait d'autrui ou des choses, UNE RESPONSABILITÉ SANS BLAME, SANS REPROCHE, SANS CULPABILITÉ, dès l'instant que « les notions de culpabilité et de responsabilité civile ne sont pas liées indissolublement » (H. et L. Mazeaud, *R. C.*, I, n° 10, p. 6), dès l'instant que la responsabilité se sépare de la culpa-

n° 385, p. 319 et s.). La « *faute-préjudice* », comme, d'ailleurs, la « *faute-injustice* », sont les produits d'une grave erreur sur la nature de la FAUTE qui est : non pas un RÉSULTAT, mais un MODE — un mauvais mode — d'activité. C'est un « écart de conduite » (P. R. E., *Oblig.*, I, n° 477, p. 660), c'est-à-dire une MANIÈRE de se conduire blâmable EN SOI et comme cause éventuelle d'une conséquence nocive, MAIS ELLE N'EST PAS CETTE CONSÉQUENCE. Bien mieux, elle ne devient « *délit* » civil que lorsque cette conséquence s'est *réalisée*. Le *délit*, c'est la faute considérée seulement lorsque l'atteinte juridique *virtuellement impliquée* dans la *faute* est passée de la « *puissance* » à « *l'acte* » (De là découle immédiatement que l'on ne devrait pas parler de responsabilité « pour faute » mais bien « pour délit » ; ainsi font MM. AUBRY et RAU, *Cours de Dr. civ.*, 5e éd., t. VI, 1920, § 443, p. 327). IL Y A DES FAUTES SANS PRÉJUDICE COMME DES PRÉJUDICES SANS FAUTE et la *faute* qui n'est que fait préjudi*ciable* doit être distinguée non seulement du *préjudice* et de l'*injustice* qu'il constitue, mais même du *délit* qui est fait préjudi*ciant*. — **7° Faute déduite de la responsabilité** (cf. spécialement G. RIPERT, *La Règle morale*, 2e éd., 1927, n° 121, p. 223, 224 ; n° 123, p. 227 ; n° 128, p. 240, 241). — **8° Faute « absence de force majeure »** (cf. J. BONNECASE, *Supplém.*, t. III, 1926, n° 291, p. 572. — P. R. E., *Oblig.*, I, n° 377, p. 521 ; n° 568, p. 776. — Paul ESMEIN, *Fondement de la resp. contr.*, R. Tr. Dr. Civ., 1933, p. 636, *in fine*. — *Contra :* Paul ESMEIN lui-même qui, *ibid.*, p. 675, reconnaît que le fait d'autrui, dont le débiteur est garant « n'est pas la cause étrangère ». — **9° Faute « in abstracto »** *avec équivoque sur la possibilité et l'exigibilité de l' « abstrait »* englobant la déficience *innocente* de raison (cf. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 421, p. 342, n° 461, p. 368, assimilant la maladresse à l'aliénation mentale : « Et c'est être... fautif que d'être malheureux » !). — **10° Faute « dans la garde ».** Il n'existe pas moins de trois systèmes extenseurs — *étireurs* — de la *faute* au nom de la « garde », savoir : *a*) La faute « *attestée par le préjudice* », quelle que soit la chose (Cf. Paris, 5e ch., 13 juin 1931, Gaz. Pal., 1931.II.272) ; — *b*) La faute attestée par le préjudice *si la chose est dangereuse* (cf. P. R. E., *Oblig.*, I, n° 615, p. 838) ; — *c*) La faute à prouver en la « *désobéissance* » *de la chose :* H. et L. MAZEAUD, rejetant les deux premiers systèmes, présentent ce troisième (n° 1248, p. 875 ; n° 1252, p. 875 ; n° 1314, p. 924). C'est, on le voit, LA FAUTE... FFS CHOSES. Il reste aux auteurs à nous indiquer comment un « homme avisé » aurait dû opérer pour forcer « l'obéissance » des choses dans les cas de vices cachés dont il est déclaré responsable. Cette conception est désavouée par M. Paul ESMEIN lui-même (Note sous Cass., 7 janv. 1929, S. 1929.I.249, col. 3 et *Fond. de la resp. contr.*, R. Tr. Dr. Civ., 1933, p. 690). — **11° Faute — qui s'ignore...** « *Tu médis de moi l'an passé* » (cf. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 669, p. 504, 505 : « La seule inexécution d'une obligation contractuelle constitue une faute » ...et la réplique de M. Paul ESMEIN, *op. cit.*, R. Tr. Dr. Civ., *loc. cit.*). — **12° Faute... du « prolongement »** (cf. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 935, p. 654 et n° 992, p. 689), c'est-à-dire du *commettant* en tant que « *prolongé* » par son préposé... par exemple lorsque celui-ci *lui désobéit* ou commet *un crime* engageant sa responsabilité civile !... « *Si ce n'est toi, c'est donc... ton prolongement* ». — **13° Faute de la personne morale** *en la personne physique de son « organe »* (cf. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, II, n° 1895, p. 395, 396. — *Contra :* P. R. E., *Oblig.*, I, n° 501, p. 697. — Maurice LORNE, *Resp. civ. des pers. mor.*, Thèse Paris, 1910, p. 88 à 142, passim). — **14° Opposition de la faute « civile » à la faute**

bilité, *la faute ne peut demeurer attachée à la responsabilité qu'en se séparant elle-même de la culpabilité*. Comment, à ceux qui, devant cette atrocité : *la responsabilité sans faute*, se voilaient la face, ne serait-il pas apparu que le moyen radical de la conjurer, c'était DE VIDER LA FAUTE DE LA CULPABILITÉ ? *Pour nier la responsabilité sans faute, rien de plus élégant que d'imaginer la faute sans culpabilité* (25).

Or, pour le monde juridique (26) comme pour tout le monde, la faute est un objet de RÉPROBATION : « Le mot FAUTE, professe Ray-

« **pénale** » (cf. J. C. SCHMIDT, *Faute civile et faute pénale*, Thèse Paris, 1928, avec la préface de M. HUGUENEY, tendant, comme tous les systèmes précédents, à dissocier la faute de la culpabilité, *c'est-à-dire d'elle-même... Quousque tandem...?* Nous devons nous borner ici à ces indications sommaires, sauf à revenir plus loin sur certaines de ces « fautes » nous intéressant particulièrement : la « faute objective » (*infra*, note suivante) ; la « faute du prolongement » (*infra*, p. 53, n. 153, 154) ; la « faute de la personne morale » (*infra*, p. 54, n. 127).

(25) « Intelligemment compris, déclarent MM. H. et L. MAZEAUD (*R. C.*, I, n° 354. p. 302) LE CONCEPT DE LA FAUTE SUFFIT A TOUT... Il faut découvrir une définition (de la faute) suffisamment SOUPLE (*ibid.*, n° 381, p. 318 — « assez large », écrit M. Ch. BEUDANT, *Les contr. et les oblig.*, 1906, p. 767), pour répondre à TOUS LES BESOINS », pour faire apparaître, à tout prix, de la faute — *comme* ORFILA *de l'arsenic* — jusque... dans les bras du fauteuil du président. — Pour le salut de la « *responsabilité subjective* », a été notamment inventée la « FAUTE OBJECTIVE ». Puisqu'il faut de « *l'objectif* », pourquoi ne pas le faire porter sur la *faute* plutôt que sur la *responsabilité?* Parce que, d'abord, comme l'observe justement Léon DUGUIT, *Traité*, III, p. 495 : « LA FAUTE ÉMANE TOUJOURS D'UN SUJET DE VOLONTÉ connu ou inconnu ; elle ne peut donc qu'être subjective. » Dès lors, « faute objective » est une « mauvaise expression *contradictoire* en elle-même ». Et ce qui n'est pas moins grave, ajouterons-nous : *équivoque*. On lui a fait en effet signifier : 1° Un simple rapport de causalité (v. *supra*, n. 24 de la p. 17-1°) ; — 2° La création de risque (v. *supra*, *ibid.*, — 3°) ; — 3° La faute « *in abstracto* » (Léon MICHOUD, *Pers. Mor.*, 3e éd., t. II, n° 267, p. 231 ; H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 424, p. 344) ; — 4° Le manquement irréprochable à une obligation : soit : « de moyen », soit surtout « de résultat ». C'est ainsi que M. ROUAST définit la « faute objective » dans sa thèse : *Du fondement de la responsabilité des dommages causés aux personnes par les travaux publics*, Lyon, 1910, p. 109. Dans le même sens, Maurice VAUTHIER, *Précis de Dr. adm. de la Belgique*, 1928, n° 436, p. 514 ; — 5° La faute anonyme d'une collectivité, « faute de tout le monde » qui n'est « faute de personne » (En ce sens : TIRARD, *De la resp. de la Puiss. publ.*, thèse Paris, 1906, p. 203 à 216 : « fonctionnement à faux qui n'implique aucune faute des fonctionnaires » ; Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 13 ; Roger BONNARD, Note au Sirey, 1931, III, p. 99, col. 2, *in fine*. — CONTRA : Léon DUGUIT, *Traité*, III, p. 496)..... *Faute objective : faute à tout faire...* Un jour qu'un certain moine prétendit faire figurer un dindon dans un menu maigre, il imagina d'y « adapter le concept » de carpe qui, « intelligemment compris », serait « suffisamment souple pour répondre à tous les besoins » :

« FAIT, JE TE BAPTISE FAUTE »

En vérité, GORENFLOT n'est pas mort et la faute est sauvée... Sauvée, mais dénaturée : LA GRANDE VICTIME DE LA GUERRE CONTRE LA RESPONSABILITÉ SANS FAUTE A ÉTÉ... LA FAUTE.

(26) A l'exception des représentants de l'opinion que nous venons de combattre et aussi — ce qui ne laisse pas de surprendre — du plus éminent fondateur, avec

mond Saleilles, ne désigne pas un simple rapport de CAUSALITÉ mais un rapport de CULPABILITÉ » (27). Et cette décisive référence civiliste se corrobore du non moins précieux témoignage publiciste de M. Paul Duez, pour qui « l'idée de faute est associée à celle d' « imputation morale » et de « blâme » (28). La faute n'est faute que lorsqu'on peut dire, SANS INJUSTICE, à son auteur : Ce que vous avez fait là, *vous pouviez* et *vous deviez* l'éviter et *savoir* que vous le deviez (29). Vous l'avez fait quand même, « CE N'EST PAS BIEN » (30).

La faute, c'est, *au regard de son auteur :* CE QUI N'EST PAS BIEN (31).

Pour en revenir au langage juridique, nous conclurons que *la faute est une manière d'agir mauvaise par vice d'intention* (*dol*) *ou défaut d'attention* (*imprudence*). Et, considérant que la règle « pratiquement nécessaire à l'efficacité de la loi » (32) : « Nul n'est censé ignorer la loi », discutable en fait à l'égard d'une personne quelconque pouvant exciper, selon l'expression théologique, d'une « *ignorantia invincibilis* » (33), ne saurait l'être à l'égard de ceux

Raymond SALEILLES, de la responsabilité « objective » : M. le doyen JOSSERAND. Ne voit-on pas l'illustre auteur de la *Responsabilité du fait des choses inanimées* et promoteur de la « responsabilité objective », définir la *faute* par le *préjudice?* (*Cours*, II, n° 423, p. 203. — Cf. *supra*, note de la p. 17, 6°) et se féliciter (n° 610, p. 296) de ce que la faute, délictuelle comme contractuelle, se soit « objectivée » ? *A quoi bon se battre pour la responsabilité sans faute, alors que rien ne la distingue de la responsabilité pour une faute qui n'en est plus une?* LA « FAUTE OBJECTIVE », PLANCHE DE SALUT DE LA « RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE », A ÉTÉ LE PLAT DE LENTILLES DE LA « RESPONSABILITÉ OBJECTIVE »...

(27) *Théorie générale de l'obligation*, 1re éd., n° 305, p. 341.

(28) *R. P. P., Introd.*, p. VII, a.

(29) Selon la juste observation de M. Paul ESMEIN dans une récente chronique : *La cause étrangère et la théorie du risque dans la resp. civ.* (D. H. 1934, p. 56), la faute est une violation de « *règles de conduite* », impliquant un être *doué de conscience*. On ne saurait mieux condamner la *faute objective*, et surtout la *faute de la personne morale*.

(30) Nous sera-t-il permis d'avouer que nous avons emprunté ces cinq derniers mots aux dernières lignes d'un roman polytechnicien de Marcel PRÉVOST : *Cousine Laura?*

(31) Que si l'on nous objecte que c'est confondre le Droit avec la Morale, nous répondrons, d'abord, qu'il n'est pas interdit au Droit et à la Morale de se rencontrer en *le double devoir moral et juridique de rectitude d'intention et d'attention*, ensuite que, même sur ce point, le Droit se distingue de la Morale puisque *la responsabilité morale ne va pas sans faute, ni la faute sans responsabilité morale, alors que, nous le répétons, la faute peut exister sans responsabilité civile tout comme la responsabilité civile sans faute :* « Pour être intégrée en un principe juridique, la notion de faute n'en reste pas moins, il ne faut pas l'oublier, de nature morale. » F. GORPHE, *op. cit.*, Rev. Crit., 1931, p. 191).

(32) Paul ESMEIN, *op. cit.*, R. Tr. Dr. Civ., 1933, p. 631.

(33) Auquel cas, on se trouve, précisément, en présence d'une responsabilité sans faute.

qui ont accepté la mission de *faire appliquer la loi*, nous en déduirons que toute illégalité — comme toute incorrection — administrative constitue une faute de l'agent qui l'a commise — ou, *pro parte qua*, de chacun des agents ayant concouru à sa production.

Pour conclure, nous considèrerons comme acquis les trois points suivants :

a) *Maintien de la conception traditionnelle de la faute : fait de commission ou d'omission blâmable, reprochable, coupable, en tant que manquement à l'un des devoirs juridiques généraux de rectitude d'intention (loyauté) et d'attention (prudence).*

b) *Non nécessité de l'existence d'une telle faute commise par le prétendu responsable, comme condition de la responsabilité de celui-ci.*

c) *Et, partant, existence d'une « responsabilité sans faute » du défendeur en responsabilité.*

Existence d'une « *responsabilité sans faute* » oui... mais — à condition d'entendre « *responsabilité* » au sens *large* que nous avons ci-dessus déclaré adopter provisoirement, savoir : *obligation de réparation*. Or, précisément, est-ce bien, dans la langue juridique comme dans la langue courante, la véritable acception du mot « responsabilité » avec l'idée qu'il évoque ? Et si la « *responsabilité sans faute* » est *niée à tort*, grâce à une *extension abusive* du concept « *faute* » au delà de la *culpabilité*... ne serait-elle pas *affirmée à tort* grâce à une *extension non moins illicite* du concept : *responsabilité*, également au delà de la *culpabilité ? Nous ne sommes pas seul à le penser* et nos références sur ce point (34) sont telles que,

(34) En 1897, parut, dans la *Revue du Droit Public*, un article modeste et qui, cependant — s'il eût été plus lu — la face du monde juridique eût été, dès cet instant, changée. Rendant compte d'un ouvrage de M. TARBOURIECH sur « *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail* » (Rev. Dr. Publ., 1897, p. 351 et n. 1), et cherchant, à cette occasion, la raison profonde — c'est-à-dire logique — des résistances que soulevait la législation alors en cours d'élaboration, un jeune professeur de Paris, M. SAUVAIRE-JOURDAN écrivait : « Au point de vue théorique (nous disons : logique), TOUT LE MAL VIENT D'UN MOT. Par suite, même, des principes de notre Droit actuel, LE MOT « RESPONSABILITÉ » EST LIÉ, DANS LE LANGAGE ORDINAIRE, A L'IDÉE DE FAUTE... Lors, donc, que ses partisans parlent de rendre les patrons RESPONSABLES, on s'indigne et avec raison. TOUT CELA NE SERAIT PAS ARRIVÉ SI, A COTÉ DU MOT « RESPONSABILITÉ », pour désigner l'indemnité due EN RAISON D'UNE FAUTE, nous avions eu, dans notre langue, UN AUTRE MOT pour désigner l'indemnité due INDÉPENDAMMENT DE TOUTE FAUTE, POUR LE SEUL FAIT DU DOMMAGE... » Ainsi, l'idée géniale (nous ne croyons pas exagérer en le répétant) était posée, à savoir que : rien ne s'opposerait à l'admission de la CHOSE représentée par L'EXPRESSION : « responsabilité sans faute » POURVU QUE, de cette expression, on fît disparaître : non pas les mots : « SANS FAUTE » mais bien le mot : « RESPONSABILITÉ », ce mot malheureux « D'OU VENAIT TOUT LE MAL »,

maintenant, à la question de savoir s'il existe une RESPONSABILITÉ SANS FAUTE, nous répondons : « NON »... De sorte que nous sommes nous-même réduit à désavouer l'expression « *responsabilité sans faute* » que nous avions, jusqu'à présent, adoptée, sinon comme bonne, du moins comme la moins mauvaise... Mais nous répondons : « non », en ajoutant instantanément que ce qui est à rejeter de cette expression, ce ne sont pas les mots : SANS FAUTE, c'est le mot : RESPONSABILITÉ, et cela parce que, dans la langue juridique et, ce qui est plus grave, « DANS LE LANGAGE ORDINAIRE » (35), ce mot de RESPONSABILITÉ est inséparable de l'idée de CULPABILITÉ. Il existe *une obligation de réparer sans faute*, mais *non une responsabilité sans faute* parce que l'*espèce* : « *responsabilité* » implique — « *connote* » (36) — l'attribut : « *culpabilité* », que ne *connote* pas *le genre* : « *obligation de réparer*. » Autant il est IMPOSSIBLE DE MÉCONNAÎTRE l'existence d'une OBLIGATION DE RÉPARER SANS FAUTE, autant il est INCORRECT DE DÉSIGNER cette obligation sous le nom de RESPONSABILITÉ, qui signifie : SANCTION (37).

Ainsi, L'OBLIGATION DE RÉPARER CIVILEMENT apparaît comme un GENRE EN DEUX ESPÈCES, DONT L'UNE : OBLIGATION POUR FAUTE, EST BIEN NOMMÉE RESPONSABILITÉ, MAIS DONT L'AUTRE : OBLIGATION SANS

selon l'analyse précitée de M. SAUVAIRE-JOURDAN (cf. exactement dans le même sens : G. MORIN, *L'abus du droit*, Rev. Métaph., 1929, p. 281). Et cette déduction recevait, trois ans plus tard, l'adhésion de M. H. CAPITANT dans ses « *Obligations de voisinage* » (Rev. Critiq., 1900, p. 249), comme elle devait encore obtenir celle autorisée entre toutes, de M. Fr. GÉNY dans « *Risques et Responsabilité* » : « La notion de RESPONSABILITÉ IMPLIQUE CELLE D'IMPUTABILITÉ » R. Tr. Dr. Civ., 1902, p. 817). — De même, R. SALEILLES dans son bel article précité sur « *La Responsasabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada* » (R. Tr. Dr. Civ., 1911, p. 53) écrit : « Au sens originaire, je conviens que TOUTE RESPONSABILITÉ IMPLIQUE UN FACTEUR MORAL. » Traitant des accidents du travail dans un récent article de la *Revue Critique*, M. Paul CUCHE emploie l'expression : « OBLIGATIONS SANS RESPONSABILITÉ. » (*La nature juridique des indemnités d'accidents du travail*, Rev. Crit., 1930, p. 201). — « La théorie du risque fait, EN RÉALITÉ, disparaître l'idée même de responsabilité », observe M. RIPERT (*La Règle morale*, 2e éd., n° 120, p. 24). Et M. HAURIOU : « La responsabilité objective pour risque EST TRÈS MAL NOMMÉE : CE N'EST PLUS UNE RESPONSABILITÉ » (Note sous Cons. d'Et., 28 mai 1919, REGNAULT-DESROZIERS, S. 1918.III.25, *N. A. H.*, I, p. 692). — Voilà donc la *condamnation* du mot « *responsabilité* » pour désigner l'*obligation de réparer un préjudice imposée à une personne de la part de laquelle la génération du dit préjudice n'implique aucune faute.*

(35) Cf. *supra*, p. 21, n. 34, notre citation de M. SAUVAIRE-JOURDAN.

(36) Terme emprunté à STUART MILL (*Logique*, trad. Louis Peisse, t. I, 1866, p. 142).

(37) R. SALEILLES, *La resp. du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada*, R. Tr. Dr. Civ., p. 53. — Paul ESMEIN, *Chronique*, précitée, p. 56 (v. *supra*, n. 29 de la p. 20) et article précité (*supra*, p. 16, n. 23), R. Tr. Dr. Civ., 1934, n° 26, p. 365.

FAUTE, N'ACCEPTE PAS CE NOM ET NE LE SUBIT, DEPUIS SA VENUE AU MONDE JURIDIQUE, QU'AU PRIX D'UNE GRANDE PITIÉ DU DROIT CIVIL ET D'UNE ENCORE PLUS GRANDE PITIÉ DU DROIT PUBLIC.

« TOUT LE MAL VIENT D'UN MOT » — ET LE MAL EST IMMENSE...

Eliminer de la langue juridique ce corps étranger, ce sera assainir la science juridique exigeant, entre toutes les sciences, « une langue bien faite » ; ce sera faire tomber la fièvre des innombrables et déplorables controverses irradiées de ce foyer d'infection, ce sera assurer LA JUSTICE DU DROIT PAR LA JUSTESSE DU MOT.

MAIS, QUEL SERA CE MOT ?

Ici, encore, nous nous adresserons à des... garants — tant en Droit privé qu'en Droit public (38) et, pour L'OBLIGATION DE RÉPA-

(38) **A — Droit privé :**

BOURDON, *Droit commun de la France*, Liv. VI, tit. III, ch. VII, sect. 2, n° 9 : « Le maître est GARANT du fait de son cocher... Telle est la jurisprudence de la Chambre civile (du Châtelet de Paris) et c'est le droit commun. » TREILHARD, *Exposé des motifs du C. Civ.* devant le Corps Législatif, dans la séance du 9 pluviôse an XII, LOCRÉ, t. XIII, 1828, V, n° 11, p. 31 : « La RESPONSABILITÉ des pères, des instituteurs, des maîtres, est une GARANTIE, et souvent la seule garantie de la réparation des dommages. » — BERTRAND DE GREUILLE : « Le projet ne s'arrête pas à l'auteur du dommage... il autorise le lésé à recourir à ceux de qui cette personne dépend, et contre lesquels il prononce LA GARANTIE civile » (*Rapport au Tribunat*, DALLOZ, *J. G.*, v° *Responsabilité*, p. 296, 297). — L. JOSSERAND : « La théorie nouvelle voit, dans la responsabilité du fait des choses inanimées (et *a fortiori*, ajouterons-nous, du fait des préposés) UNE VÉRITABLE GARANTIE (Note au D. P. 1900.II. 290). — René DALLANT : « (De la responsabilité pour autrui) on revient à l'idée fondamentale de GARANTIE » (Note au D. P. 1931.I.172, col. 2, ligne 6). — D'après M. René DEMOGUE (*Oblig.*, III, n° 344, p. 547), ZACHARIÆ avait déjà parlé d'une obligation TOUTE DE GARANTIE de la PERSONNE MORALE (*Zeitschrift für gesammte Staatswissenchaft*, XIX, p. 582). — M. Léon BLUM, conclus. *Lemonnier*, Cons. d'Et., 26 juillet 1918, S. 1918.III.44 : « LA RESPONSABILITÉ du patron est une responsabilité de GARANTIE » (on conviendra peut-être que le deuxième mot : « responsabilité » n'est pas indispensable). — M. Georges RIPERT, *La Règle Morale*, 2e éd., 1927, n° 126, p. 236 : « La responsabilité du fait d'autrui repose sur une seconde idée : celle de la GARANTIE ENVERS LES TIERS des actes d'une personne. » — *Adde :* A. BESSON, note sous Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930.II.115, et F. GORPHE, *op. cit.*, Rev. Crit., p. 190.

B — Droit public :

M. HAURIOU : « La responsabilité objective pour risque n'est plus une responsabilité, mais une assurance... il est de la nature de l'assurance d'être une GARANTIE... » (note précitée sous l'arrêt *Regnault-Desroziers*, *N. A. H.*, I, p. 692). — M. CORNEILLE, comm. du gouv. au Conseil d'Etat, conclus. précitées *Colas* (Cuirassé « *Liberté* »), Cons. d'Et., 21 mars 1920, Rev. Dr. Publ., 1920, p. 410 : « Lorsqu'un individu introduit dans la société une machine dangereuse (Voilà bien *la « chose dangereuse », sœur aînée et providentielle du « risque exceptionnel »* : cf. *supra*, p. 17, n. 24-4°) pour ceux qui l'entourent, il crée, à l'encontre de ces derniers, un péril dont il doit répondre et dont il est GARANT indépendamment de toute faute spéciale par lui commise. » — M. J. DELPECH, *De la responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables*, Mélanges HAURIOU, 1929, p. 189 : « Nombre de raisons interviennent et suffisent pour expliquer

RATION CIVILE SANS FAUTE DE L'OBLIGÉ nous proposerons le remplacement du mot : « responsabilité » par le mot : « GARANTIE » (39) (40).

De cette substitution, résulte, A FORTIORI, *la condamnation* des expressions :

1° « Responsabilité objective » ;

2° « Risque » ou « risque créé » ;

3° « Responsabilité pour risque » ;

4° « Responsabilité pour dommage ».

« *A fortiori* », disons-nous, parce que, même si le mot « responsabilité » n'eût pas été éliminé, les quatre déterminatifs que nous venons de relever, et qu'on s'est ingénié à lui accoler, précisément pour corriger son impropriété, ne seraient pas eux-mêmes plus rationnellement acceptables — au contraire (41).

qu'un être juridique doive GARANTIR les autres individualités *des torts* survenant à celle-ci, en l'absence même de toute faute délictuelle prouvée de celui-là. » — Et, violant l'ordre chronologique, nous avons gardé pour la fin, en raison de son intérêt, cette proposition formulée par le futur doyen de Caen, par M. Henry NÉZARD, dans sa thèse demeurée classique : *La Théorie juridique de la Fonction publique*, Paris, 1901, p. 673 : « Même en dehors de la théorie de la faute, dans la conception de la personnalité purement fictive, on peut établir sur une base juridique la RESPONSABILITÉ de l'Etat : IL SUFFIT DE FAIRE JOUER L'OBLIGATION DE GARANTIE... MÊME EN DEHORS DES CONTRATS. CETTE OBLIGATION DE GARANTIE REND L'ETAT RESPONSABLE (nous préférerions : GARANT) DES DÉLITS DE SES AGENTS, DU MOINS CIVILEMENT, CE QUI NOUS SUFFIT. »

(39) Ces lignes étaient écrites depuis plusieurs années lorsqu'elles ont reçu la consécration formelle de la haute autorité de M. Paul ESMEIN dans sa *Chronique* et ses deux récents articles précités : *Le fondement de la resp. contr.*, R. Tr. Dr. Civ., 1933, notamment p. 641, *in fine*, p. 661, p. 675, p. 692. — *Chronique* au D. H. 1934, p. 56 (v. *supra*, p. 20, n. 29), les deux derniers alinéas — *Trois probl. de resp. civ.*, R. Tr. Dr. Civ., 1934, n° 1, p. 317 : « J'ai montré que le problème de la responsabilité civile est, en France, obscurci par la confusion de deux notions bien distinctes : d'une part, la *responsabilité* fondée sur la *faute ;* d'autre part, l'obligation de *garantir* un risque... » n° 26, p. 356 : « La *responsabilité* suppose une *faute*. Elle est la *sanction* de règles de conduite... » n° 1, p. 318 : « L'obligation de *garantir* un risque ne suppose *aucune faute*... LA MÉCONNAISSANCE D'UNE DIFFÉRENCE AUSSI FONCIÈRE ENTRE LA RESPONSABILITÉ ET LA GARANTIE SUFFIT A EXPLIQUER LE DÉSORDRE QUI RÈGNE EN FRANCE DANS LES ESPRITS AU SUJET DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE... »

(40) Aussi bien cette nécessité d'une différenciation terminologique touchant l'obligation de réparation civile relève-t-elle du Droit comparé. C'est ainsi que la doctrine allemande oppose, à la « Verantwortlichkeit », la « Schadenersatzhaftung (Cf. F. ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1903, p. 123).

(41) 1° Abstraction faite de l'abus de l'épithète « objectif » (cf. L. DUGUIT, *Traité*, III, p. 496) — surtout pour la faute (cf. *supra*, p. 19, n. 25) — l'expression « **responsabilité objective** » est impropre puisque l'obligé à réparation, s'il n'est pas *cause* (efficiente) *coupable* — ni même *innocente* — du préjudice n'en a pas moins, nous le verrons dans un instant (p. 62), POSÉ, par son accroissement de puissance utile à lui et nocive à autrui, UNE CONDITION du dit préjudice. — 2° Les expressions : « **risque** » (Fr. GÉNY, *Risques et responsabilité*, Rev. Tr. Dr. Civ., 1902, p. 812) et « **risque créé** » (G. RIPERT, *La règle morale*, 2e éd., n° 115,

La « garantie » étant ainsi reconnue, identifiée, spécifiée, il nous resterait, après la *nature*, à en déterminer le *fondement*. La responsabilité étant pour faute — ou, plus exactement pour préjudice fautif, « pour » quoi sera la garantie du préjudice non fautif (de la part du défendeur en responsabilité) ? Nous devons réserver cette question pour le moment où, après avoir examiné les *deux natures de préjudice* et le phénomène juridique du *service*, nous aborderons, à la 5e et dernière Section de cette Introduction, l'étude *de la responsabilité et de la garantie dans le service* (*infra*, p. 50).

p. 212) désignent une *éventualité* — sur laquelle nous allons revenir — et non pas une *obligation*. — 3° L'expression : « **responsabilité pour risque** » est certainement *la plus malheureuse de toutes*. Un *risque*, c'est l'*éventualité*, la *possibilité* physique d'un fait futur, heureux ou malheureux. Dire qu'on est « *responsable pour risque* », c'est, proprement, dire *qu'on est responsable pour la possibilité de ce qui est arrivé!* C'est évidemment parler pour ne rien dire. Sans doute est-il sous-entendu que la responsabilité est pour *la création* de cette possibilité, de ce risque, mais reste l'équivoque de l'ellipse : responsabilité « pour risque ». Et voici qui est plus grave : D'une part, la *faute* (d'imprudence) est considérée par les assureurs comme constitutive d'un *risque : « le risque de la faute »* (de l'assuré lui-même). Et cette expression se trouve, non seulement sous la plume de M. Joseph Hémard (*Assurances terrestres*, 1924, t. I, n° 4, p. 5), mais aussi sous la plume de Maurice Hauriou (Note *Tomaso Greco*, Cons. d'Et., 10 févr. 1905, S. 1905.III.113 ; *N. A. H.*, I, p. 538, ligne 12) — et sous celle de Léon Duguit : « *La possibilité de fautes du service* commises par *les agents* constitue *un risque* » (*Transf. Dr. publ.*, 1913, p. 260). D'autre part, la création imprudence — ou *a fortiori* criminelle — d'un *risque* constitue une *faute* (tel le risque créé par celui-ci qui, dans un pacage communal, envoie une bête dangereuse) — ET L'ON VIENT POSER LE RISQUE EN ANTITHÈSE DE LA FAUTE. Comment donc une telle terminologie a-t-elle pu s'enraciner dans notre langue juridique ? En voici, croyons-nous, l'explication. *La considération de l'agent était tellement ancrée dans les esprits*, qu'elle régissait même l'inconscient des inventeurs de la « responsabilité objective » lorsque ceux-ci ont cru devoir poser, par exemple, que la responsabilité sans faute « a son fondement rationnel dans la notion du risque créé » (L. Josserand, *R. F. C.*, I, 1897, p. 124. Et l'on sait combien le mot « risque » revient souvent dans les *Accidents du Travail*, 1897, de R. Saleilles). Le parti qui érigeait le culte de la « faute » sur « l'horreur de la responsabilité » n'en attendait pas plus. C'était la perche tendue aux « choses dangereuses » de MM. Planiol, Ripert et Esmein, au « risque exceptionnel » de l'arrêt *Regnault-Desroziers* (cf. *supra*, note 38 de la p. 23. B. Droit public). Et l'on sait si elle fut saisie et si la doctrine qu'elle a sauvée s'y attache ! *Nous ne saurions nous dissimuler l'ingratitude d'un tel développement, mais il s'agit d'une plaie qui infecte aussi bien le droit public que le droit civil et qu'il ne suffisait pas de débrider. Un curetage était nécessaire : le chirurgien s'excuse...* — 4° Quant à l'expression : « **responsabllité pour dommage** », c'est spécialement dans la terminologie de la doctrine pro-administrative qu'elle a fleuri. Elle s'épanouit en intitulé d'un Chapitre de Laferrière : *Actions en responsabilité pour dommage et pour faute* » opposant entre elles ces deux natures de responsabilité (*Traité*, 2e éd., 1896, t. II, livre V, chap. II, p. 155). Elle est notamment reprise avec insistance tout au long de la note magistrale de M. Mestre sous Cass. Civ., 27 nov. 1918, *Cie des Tramways de Nice*, contre *Somerville* (v. *infra*, p. 167), S. 1921.I.353. Pour en juger le mérite, il suffit, dans

Par contre, le moment est venu de purger notre référence de départ (*supra*, p. 11, n. 1) à Sainctelette et à la genèse du couple : « *responsabilité et garantie* » et, en quelque sorte, de fermer le cycle de nos explications sur cette terminologie demeurée historique. A cet effet, nous retiendrons, de l'observation précitée de M. H. Nézard (*supra*, note 38 de la page 23 *in fine*) que le terme « GARANTIE » *n'est nullement spécial*, comme eut le tort de le proclamer Sainctelette, *à la matière contractuelle :* tout comme — (Sainctelette l'avait reconnu lui-même) (42) — le terme RESPONSABILITÉ (impliquant la FAUTE) *n'est nullement spécial à la matière délictuelle.* Ainsi, quand M. L. Josserand condamne... non sans quelque rigueur... « l'outrance » (43) de Sainctelette, si le savant doyen de Lyon vise (comme semblent l'indiquer le lieu et le contexte de cette appréciation) l'erreur des deux accouplements : GARANTIE CONTRACTUELLE et RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE, *nous adhérons pleinement à sa critique* (44)... Mais... pour l'ensemble des raisons dont l'exposé précède, nous lui demandons — en apportant notre hommage et notre déférente contribution à sa belle théorie de *l'obligation de réparer le préjudice non fautif*, son titre de gloire indivise avec Raymond Saleilles — nous lui demandons respectueusement toute sa bienveillance pour l'antithèse rationnelle :

RESPONSABILITÉ — SOIT DÉLICTUELLE, SOIT CONTRACTUELLE — POUR FAUTE.

GARANTIE — SOIT DÉLICTUELLE, SOIT CONTRACTUELLE — SANS FAUTE.

Ou, plus exactement :

RESPONSABILITÉ DU PRÉJUDICE FAUTIF (*a parte rei*)

et GARANTIE DU PRÉJUDICE NON FAUTIF (*a parte rei*)

quel que soit le préjudice : délictuel ou contractuel.

cette expression, de remplacer le mot « responsable » par sa définition, et voici la remarquable formule ainsi obtenue : « obligation de réparer un dommage... pour dommage. » En faut-il davantage pour que la cause soit entendue ? Est-ce que la « *responsabilité pour faute* » ainsi opposée à la « *responsabilité pour dommage* » n'est pas, elle aussi, une *responsabilité pour dommage?* Mais, nous objectera-t-on, lorsqu'on dit « *responsabilité pour dommage* », on entend : « *responsabilité du seul fait du dommage* » quel qu'il soit, *même non fautif.* D'accord, mais, alors, il est essentiel — et il est si simple — de le dire sans un mot de plus : « *Voulez-vous dire responsabilité sans faute?* Dites : responsabilité sans faute. » Mais c'eût été appeler une chose — presque — par son nom... Et voilà comment, pour ne causer nulle peine, même légère, à l'ombrageuse doctrine de la *responsabilité pour faute*, on n'a pas reculé devant la désarmante instauration d'une : « *obligation de réparer un dommage — pour dommage.* »

(42) Article précité, Rev. Crit., 1884, p. 184.

(43) *Cours de Dr. Civ.*, t. II, 1930, n° 481, p. 232.

(44) De même, nous adhérons — et nous allons satisfaire — à la même critique très justement formulée par MM. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 96, p. 87.

Ainsi s'annonce d'elle-même la distinction dont l'examen doit faire l'objet de la section suivante.

SECTION III

DISTINCTION PROCEDANT DE LA NATURE DU PREJUDICE : PREJUDICE, RESPONSABILITE ET GARANTIE **DELICTUELS** OU **OBLIGATIONNELS**

> In toto jure, generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.
>
> L. 80. ff. *de Regul. jur.*

Nous ne saurions prétendre traiter ici que sommairement une matière dont l'étude a inspiré, notamment en ces dernières années, des travaux aussi autorisés et aussi considérables que ceux que nous indiquons en note (45). On nous permettra donc de nous limiter aux explications strictement nécessaires sur les points dont la solution intéresse le sujet de notre étude.

Notre première observation sera pour constater ici ce que nous appellerons : « LE FÉTICHISME DE LA SOURCE » spécialement : le FÉTICHISME DU CONTRAT. Si l'on en doutait, il suffirait de considérer que, lorsqu'il s'est agi de classer l'infinie variété des préjudices imaginables, on n'a trouvé rien de mieux que de les diviser PAR RAPPORT AU CONTRAT, donc : PAR RAPPORT A LA SOURCE DU DROIT ATTEINT, en deux catégories, savoir :

1re CATÉGORIE. — Préjudices « *contractuels* » c'est-à-dire résultant de la violation d'une obligation contractuelle et engendrant la responsabilité dite « *contractuelle* » ;

(45) LABBÉ, Notes Sirey, 1882.II.249 ; 1885.IV.25 ; 1886.I.1 ; 1889.IV.1 ; 1890.IV.17. — SAINCTELETTE, *Responsabilité et Garantie*, 1884. — LEFEBVRE, *De la responsabilité délictuelle contractuelle*, R. Crit., 1886, p. 485 et s. — R. SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., 1901, p. 430 à 441. — FERRON, Note Sirey, 1911.II.23. — BONNET, *Responsabilité délictuelle et contrat*, R. Crit., 1912, p. 418 et s. — BECQUÉ, *La responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, R. Tr. Dr. Civ., 1914, p. 251 à 320. — Victor RENAUD, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, Thèse Paris, 1923. — Maurice MEIGNIÉ, *Responsabilité et Contrat*, Thèse Lille, 1924. — DEMOGUE, *Obl.*, V, 1925, Chap. XIX, p. 523 à 572. — J. BONNECASE, *Supplément*, T. II, 1925, p. 559 à 633. — LALOU, *Responsabilité civile*, 1928, p. 104 à 175 et 268 à 271. — PLANIOL, RIPERT, EISMEIN, *Obl.*, I, p. 520 à 574, 674 à 688 ; II, p. 136 à 183. — JOSSERAND, *Cours de Dr. Civ.*, t. II, 1930, p. 231 à 238. — H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, p. 96 à 191, et passim. — André BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Thèse Lyon, 1931. — J. CROUZEL, *La resp. contr.*, R. G. D. L. J., 1926, p. 11 à 17, 65 à 78 et *La distinction des deux responsabilités civiles*, *ibid.*, p. 253 à 272.

2e Catégorie. — Préjudices « *délictuels* » ou « *extra-contractuels* », c'est-à-dire résultant de tout ce que l'on voudra, hors la violation d'une obligation contractuelle, et engendrant la responsabilité dite « *délictuelle* » ou — ce qui est encore plus grave — « *extra-contractuelle* » (46).

Est-ce à dire que, comme l'ont prétendu quelques auteurs — d'ailleurs en infime minorité et non des plus qualifiés — cette distinction manque de fondement (47) ? *Nullement.*

D'une part, on se trouve, nous le répétons et nous précisons, en présence de *deux genres de préjudices* consistant : l'un, en le fait de ne pas « *attribuer à chacun le sien* », de ne pas fournir exactement à une personne la prestation *particulière* dont elle est *créancière*, le service *déterminé* qui lui est dû en vertu d'une *obligation* juridique *stricto sensu*, c'est-à-dire *d'un rapport de droit* établi entre un créancier et un débiteur qui, de par l'existence de ce rapport, se connaissent juridiquement — l'autre, en une véritable « agression » (48) venant d'une personne contre une autre personne a elle juridiquement étrangère au regard de la dite agression, de laquelle « jaillit » (48), *comme lien de droit primaire*, la responsabilité délictuelle, alors que, dans le cas précédent, c'était la *rupture d'un lien de droit primaire* qui déclanchait, *comme lien de droit secondaire*, la responsabilité contractuelle.

D'autre part, *toute obligation impliquant un statut de la réparation des conséquences juridiques de son défaut d'exécution*, cette réparation d'un tel préjudice est soumise au régime *spécial* de ce *statut*, alors que la réparation de tout préjudice délictuel, c'est-à-dire ne procédant pas du défaut d'exécution d'une obligation *déter-*

(46) Tel est le principe même de la classification du Code civil selon les rubriques des Titres III et IV du Livre III. L'expression « responsabilité extra-contractuelle » est employée par M. Jean Appleton (*Contentieux administratif*, 1927, p. 401) et le titre du magistral ouvrage de M. Paul Duez est : « *La responsabilité de la Puissance Publique* en dehors du contrat ». — Sur cette terminologie, v. *infra*, p. 74, n. 190 et 249, n. 66.

(47) En ce sens : A. F. Lefebvre, *De la responsabilité délictuelle contractuelle*, R. Crit., 1886, p. 485 et s. — Grandmoulin, *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles* (Thèse Rennes, 1892). — Aubin, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle* (Thèse Bordeaux, 1897). — A la suite de cette bibliographie empruntée à la très remarquable thèse de M. Meignié, *Responsabilité et contrat*, Lille, 1924, p. 9, n. 1, la probité scientifique nous contraint, pour notre plus grande confusion, à nous inscrire nous-même à cause d'une... erreur de jeunesse que fut notre discutable *Logique de l'obligation*, parue dans la Rev. Gén. du Droit, de la Législ. et de la Jurispr., année 1908, p. 421 et critiquée, d'ailleurs, sans excès d'indulgence dans la savante thèse de M. Henry Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, 1912, p. 332 à 335.

(48) Sainctelette, Article précité, R. Crit., 1884, p. 184.

minée, est soumise à un régime *général* édifié par l'interprétation jurisprudentielle des articles 1382 et suivants du Code civil (49).

En bref, selon l'excellente formule de M. Brun (50) :

« L'existence d'un LIEN DE DROIT, antérieur au fait dommageable, entre l'auteur et la victime du préjudice crée une situation particulière dont LE STATUT... tient précisément compte » (51).

Cette distinction que la logique — la *recta ratio* — juridique impose (52) entre le régime contractuel et le régime délictuel de la réparation se traduit, dans l'application, par un système de conséquences concrètes dont certaines ont pu — mais dont la plupart ne peuvent raisonnablement — être contestées (53), et dont nous devons nous borner ici à donner le tableau (54), sauf à nous arrêter

(49) Etant observé, toutefois, que rien ne s'oppose *a priori* à ce que le statut spécial de telle obligation se réfère, *simplicitatis — ou consuetudinis — causa*, au statut général du délit. Voilà — observons-nous en passant — qui expliquerait la controverse sur la réalité de l'existence de certaines différences entre la « *responsabilité contractuelle* » et la « *responsabilité délictuelle* » et qui expliquerait peut-être aussi, dans une certaine mesure, l'application jurisprudentielle du régime *délictuel* à des responsabilités de nature *incontestablement contractuelles*, comme les responsabilités professionnelles des officiers ministériels, entrepreneurs, architectes, médecins, etc. (cf. dans ce sens : H. LALOU, *R. C.*, n° 166, p. 109 ; H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 147, p. 138 ; n° 148, p. 139 ; n° 189, p. 175 ; André BRUN, *Thèse précitée*, p. 258 à 272. — ADDE : R. DEMOGUE, *Oblig.*, VI, 1932, p. 731 et s.).

(50) *Thèse précitée*, p. 382.

(51) Dans nos citations, nous nous permettrons de souligner par des lettres capitales ou des italiques — ne figurant pas dans les originaux — les mots ou les passages s'accordant plus particulièrement avec notre pensée.

(52) Et qu'il nous sera permis ici de considérer comme suffisamment établie par les travaux des auteurs cités dans notre note 45 de la p. 27, ne serait-ce que par cette observation de l'un d'eux : BONNET, *op. cit.*, p. 435 : « *Le contrat* (nous disons : l'obligation) *par essence, rapproche les personnes et enchevêtre les intérêts. Il* (elle) *expose, pour l'avenir, dans des conditions exceptionnelles, chacune des parties à devenir l'agent du mal. Pour ne pas nuire aux tiers, nous n'avons pas à fournir un effort continu, le préjudice n'étant possible que dans certaines occasions plus ou moins espacées qui nous rapprochent d'eux. Pour ne pas léser un contractant* (non : un créancier d'obligation — contractuelle ou non, peu importe) *il nous faut sans cesse être en éveil, parce qu'il est toujours proche ou que ses intérêts nous sont confiés.* » Que l'on nous permette, pour les raisons que nous allons exposer dans un instant (*infra*, p. 31 et s.) de substituer, au mot *malheureux « contrat »*, le terme *propre « obligation »*, et nous demanderons s'il est possible *de dresser, en si peu de lignes, un tableau plus exact et plus saisissant de la situation juridique respective de l'Etat et du citoyen, situation commandant, en particulier, le régime de la responsabilité de l'Etat envers le citoyen* (v. *infra*, p. 237 et s. ; 261, n. 81).

(53) Cf. p. ex. : H. LALOU, *R. C.*, 1928, p. 106 et s. ; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, t. I, n° 491.

(54) Selon la division très rationnelle de M. André BRUN (*Tèse précitée*, Table,

un instant sur deux d'entre elles : *compétence — étendue de la réparation* — qui, valant également pour la garantie *du fait d'autrui*, intéressent notre étude à des degrés différents, et à réserver pour la Section V ci-après (*Responsabilité et garantie dans le service, infra*, p. 66 et s.), l'examen des caractéristiques particulières à cette conjoncture : *fondement, nature, conditions* et *limitations de l'obligation de réparation.*

A) Pour la *compétence*, le contrat peut contenir une clause attributive de compétence *ratione personae* qui ferait échec à la règle « *actio sequitur* » (55), alors que, en matière délictuelle, le tribunal compétent ne peut être que celui du domicile du défendeur ou (loi du 26 novembre 1923) celui du lieu du fait préjudiciable.

B) Pour *l'étendue de la réparation*, le régime contractuel exclurait la réparation :

— et du préjudice *indirect* (art. 1151 C. civ.),
— et du préjudice *imprévu* (art. 1150),
— et du préjudice *moral* (jurisprudence) (56).

p. V) ce tableau, *pour le cas où l'obligé est recherché à raison de son propre fait*, est — sauf quelques nuances — le suivant :
I) *Mise en jeu de l'action : a*) capacité ; *b*) fondement, nature et conditions de l'obligation de réparation ; *c*) mise en demeure.
II) *Exercice de l'action : a*) compétence ; *b*) fardeau de la preuve ; *c*) contrôle de la Cour de Cassation (Il faudrait ajouter : *d*) conflit des lois).
III) *Effets de l'action : a*) forme de la réparation ; *b*) étendue de la réparation ; *c*) garantie de la réparation.
IV) *Fin de non-recevoir : a*) prescription ; *b*) limitation : clauses restrictives de la responsabilité.
Quant au cas où l'obligé est recherché à raison du fait d'autrui, nous le retrouverons à la Section V ci-après, p. 66 et s.

(55) A. Brun, *op. cit.*, p. 55 et 56. Ainsi, voyant, dans la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat, une compétence beaucoup moins *ratione materiæ que ratione personæ* (ou, tout au moins, *intuitu personæ publicæ*, cf. *infra*, n. 245 de la p. 416) nous nous prononcerons (*infra*, p. 255 et s.) pour l'octroi, à l'administration, de la faculté de stipuler *expressément* les clauses attributives de juridiction qu'on lui permet, d'ailleurs, de stipuler *implicitement.*

(56) Il est courant de considérer que la jurisprudence judiciaire rejette, en matière de responsabilité contractuelle, le préjudice moral (cf. Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, Thèse Paris, 1901. — L. Josserand, *Cours de Dr. Civ.*, II, n° 628 et s., p. 306. — P. R. E., *Oblig.*, II, n° 857, p. 162 et s. — H. et L. Mazeaud, *R. C.*, I, p. 281 et s.). — et nous saurons nous en souvenir (cf. *infra*, p. 382) — *mais non sans noter la position contraire de la doctrine civiliste*, en particulier des auteurs précités, parmi lesquels MM. H. et L. Mazeaud, ne se bornant pas à *condamner* cette jurisprudence, *la contestent* (*loc. cit.*, n° 334, p. 284) : « Il faut, au contraire, avec M. Planiol, hardiment renverser le principe et dire que la jurisprudence française tient compte, et avec grande raison, de l'intérêt moral du créancier et du préjudice immatériel qu'il peut éprouver. »

Le régime délictuel l'admet dans les trois cas, sauf controverses sur les deux premières.

Ainsi se présente cette distinction de deux régimes d'après la nature du préjudice, c'est-à-dire du droit atteint et, plus précisément, d'après la source de ce droit selon qu'il consiste — ou non — en une obligation *contractuelle*.

Mais... précisément, nous demanderons-nous maintenant, cette précision s'impose-t-elle ? La raison — comme les conséquences — de la distinction ainsi reconnue, du chef de la nature du droit atteint, entre deux régimes de réparation, tiennent-elles à ce que ce droit consiste en une obligation *contractuelle ?* Ou ne tiendraient-elles pas, simplement, à ce qu'il consiste en une OBLIGATION ?

Pour la réponse à cette question, il suffit de relire les considérations exposées au début de la présente Section et l'on pourra constater que la nature contractuelle de l'obligation constitue un chef *accidentel et contingent*, mais *nullement substantiel ni nécessaire*, de la distinction étudiée. On pourrait, à la vérité, nous objecter que cette conjoncture intervient dans les conséquences de la distinction, mais il suffirait de les prendre une à une pour constater : ou qu'il s'agit d'une conséquence secondaire, ou que la conjoncture contractuelle n'y est que contingente. Aussi bien, *cette contingence de la conjoncture contractuelle* n'a-t-elle pas laissé d'être discernée, tant en Droit privé qu'en Droit public, par des maîtres, éminents entre tous, de la doctrine comme par la jurisprudence même du Conseil d'Etat.

A. — EN DROIT PRIVÉ, nous observerons, d'abord, avec MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, que les responsabilités pour violations des obligations légales ou quasi-contractuelles : tutelle, gestion d'affaires — et accidents du travail (57) — ne sauraient

(57) *Dr. civ., Des Oblig.*, 3e éd., XII, t. I, 1906, n° 357 et s., p. 402 et s. — Par contre, MM. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 103, p. 94 et s., rejettent ces obligations non contractuelles comme sources de responsabilité contractuelle, et il semble difficile de critiquer cette opinion — comme inversement de suivre un auteur (J. CROUZEL, *La distinction des deux responsabilités civiles*, R. G. D. L. J., 1926, p. 253 ; cf. *infra*, p. 37, n. 79) qui ne craint pas d'appeler « contractuelle » la responsabilité résultant de la violation d'une obligation « conventionnelle *ou légale* ». Mais la classification de MM. H. et L. MAZEAUD repose sur la double hypothèse traditionnelle : à savoir que tout préjudice est la violation d'une obligation — et que la classification des préjudices et, partant, des régimes de responsabilité doit s'établir selon la méthode du Code civil (Titre III et Titre IV) (v. *supra*, p. 28, n. 46), d'après le caractère — contractuel ou non — de l'obligation violée. Que si, au contraire, comme nous allons le voir au texte dans un instant,

être rangée dans la catégorie de la responsabilité délictuelle qu'elles « refoulent ».

Puis nous citerons M. Fr. Gény (58) :

« La question de responsabilité peut se poser... quand le droit atteint *n'impliquait* avant le dommage causé aucune OBLIGATION proprement dite (59) envers la victime à la charge de celui dont la responsabilité entre en question : à l'inverse, elle se présente parfois à propos de l'exécution d'une OBLIGATION préexistante... (pouvant) NOTAMMENT résulter d'un contrat. »

On comprend tout le prix qui s'attache pour nous à cette attestation de la *contingence de la conjoncture contractuelle*. Et voici encore, sous la plume, cette fois, de M. H. Capitant (60) :

« Dans les cas de responsabilité délictuelle l'acte dommageable n'apparaît pas à l'occasion d'une obligation préexistante, c'est lui qui fait naître l'obligation. Par conséquent, pour déterminer quelles sont les conséquences du délit, il n'y a pas à tenir compte d'un lien juridique antérieur qui n'existe pas. On a l'habitude d'appeler la première espèce de responsabilité du nom de responsabilité contractuelle. *Il est plus juste de dire : responsabilité résultant de l'inexécution d'une obligation, car il n'y a pas à distinguer suivant que l'obligation a sa source dans un contrat, un quasi-contrat, ou dans la loi elle-même.* »

Le débat n'est-il pas clos ? Passons, maintenant, à l'autre région du Droit.

B. — EN DROIT PUBLIC. Statuant dans arrêt du 10 mai 1923, *Rousseau*, S. 1924.III.57, sur l'action en responsabilité dirigée contre la Compagnie des Chemins de fer de Paris à Orléans par la veuve d'un militaire victime d'un accident alors qu'il était transporté en vertu de la RÉQUISITION d'un ordre de transport, le Tribunal des Conflits dispose :

« ...Considérant que la demanderesse tend à obtenir réparation du préjudice résultant de l'inexécution DE L'OBLIGATION du Chemin de fer... »

le préjudice doit se différencier selon qu'il est — ou non — *fonction d'une relation juridique* (contractuelle ou non *peu importe*) préexistant entre les deux parties, c'est le système de M. CROUZEL qui, à condition de remplacer, précisément, « responsabilité contractuelle » par une expression plus extensive, deviendra légitime.

(58) Dans son magistral article demeuré classique : *Risques et resp.*, R. Tr. Dr. Civ., 1902, p. 816.

(59) Par cette précision, développée dans une note que nous retrouverons bientôt (*infra*, p. 36 et n. 74), le savant auteur entend exclure du concept juridique, de l'obligation la prétendue « obligation générale de ne pas nuire injustement à autrui », à laquelle nous nous attaquerons nous-même.

(60) Dans son importante et savante étude : *Des obligations de voisinage*, R. Crit., 1900, p. 66, note 1.

Et M. Hauriou de souligner :

« Le Tribunal des conflits admet bien que la responsabilité de la compagnie résulte de l'inexécution de son obligation de transporter le permissionnaire sain et sauf, mais IL SUPPRIME LA MENTION que cette obligation serait contractuelle... La responsabilité serait, peut-on dire, OBLIGATIONNELLE sans être CONTRACTUELLE... » (61).

En un mot : QU'IMPORTE LE CONTRAT POURVU QU'ON AIT L'OBLIGATION !... Responsabilité — ou garantie — « OBLIGATIONNELLE » : nous ne saurions mieux dire... ET C'EST DONC CE QUE NOUS DIRONS (62).

Nous pouvons d'ailleurs ajouter que, dans le domaine du Droit administratif, cette référence n'est pas la seule (63).

C. — D'un point de vue général, enfin, s'il en est encore besoin pour parfaire la démonstration de *la contingence*, en notre matière, *de la conjoncture contractuelle*, nous présenterons, dans un instant, ce que nous avons appelé (*supra*, p. 27) : « le fétichisme de la source » et, spécialement, du contrat (cf. *infra*, p. 37, n. 79).

Conclusion : A la distinction CONTRAT-DÉLIT, nous substituons la distinction OBLIGATION-DÉLIT. Au « *breach of contract* » (64), nous substituons le « *breach of duty* » (65) et nous l'y *englobons*. Aux lieu et place du dualisme du régime de la responsabilité (66) : délictuelle-

(61) M. HAURIOU, *N. A. H.*, III, p. 486.

(62) « *Le mot*, a écrit BERSOT, *doit mûrir sur l'idée, et puis tomber comme un fruit mûr* ».

(63) I. — Statuant, dans son arrêt du 18 mai 1925, *Industrielle Foncière*, Rec. p. 490, sur une action intentée contre l'Etat à raison d'une remise critiquée de bons de cession de dommages de guerre, le Tribunal des Conflits pose formellement que la méconnaissance d'une obligation, *quelle qu'en soit la source*, dont il n'est pas fait *la moindre acception*, n'est pas une faute quasi-délictuelle.

II. — Dans un arrêt du 21 janvier 1926, *Etat contre Dubost*, D. P. 1928.II.42, la Cour de Dijon a refusé d'admettre la moindre différence entre la situation de l'assureur débiteur contractuel d'une indemnité *d'assurance* et celle de l'Etat débiteur d'une *pension*. Et M. Georges RIPERT de souligner en note : « QUE LA SOURCE DE CETTE OBLIGATION SOIT LÉGALE OU CONTRACTUELLE, CELA N'A AUCUNE IMPORTANCE... »

(64) A. GÉRARD, *Les « torts » en Droit anglais*, Thèse Rennes, 1910, p. 434.

(65) Roger BONNARD, *De la resp. civ. des pers. publ. et de leurs agents en Angleterre, aux Etats-Unis, en Allemagne*, Thèse Rennes, 1914, p. 44.

(66) *Ce qui est acquis est acquis*. Pour nous, l'obligation de réparer un préjudice est RESPONSABILITÉ OU GARANTIE selon que la perprétation de ce préjudice implique — ou non — une faute (c'est-à-dire... puisqu'il faut le dire — une manière d'agir répréhensible, blâmable, coupable) de la personne à laquelle le patient entend imposer cette obligation. Donc, pour désigner l'obligation de réparation *en général* — et sans spécifier « pour » ou « sans » faute — nous ne devrions plus employer le mot « responsabilité » qui implique *la faute*, mais nous en tenir à l'expression *générique :* « obligation de réparation. » Cependant, *pour ne pas greffer, sur des difficultés de fond, des nouveautés de langage*, nous

CONTRACTUELLE, nous instituons (ou plutôt nous *restituons*, car c'est une véritable restitution rationnelle) le dualisme de régimes de la responsabilité : délictuelle-OBLIGATIONNELLE.

Cependant, à cette terminologie, comme à la thèse dont elle ne constitue que l'expression, deux premières objections peuvent être opposées. D'une part, le préjudice délictuel ne serait-il pas lui-même un préjudice « obligationnel » consistant en la violation d'une « *obligation générale de ne pas nuire injustement à autrui* » ? D'autre part, le principe, ou, tout au moins, la condition de la distinction entre le régime contractuel et le régime délictuel, comme de ses conséquences, n'est-ce pas la primauté conférée par la logique juridique, au statut contractuel — et précisément parce que contractuel — sur le statut délictuel : le « refoulement de la responsabilité délictuelle par la responsabiité contractuelle » (67), en tant que contractuelle ? Et, dès lors, en vertu de quel principe pourra être maintenue la primauté du régime obligationnel — *même non contractuel* — sur le régime délictuel ?

I. — A la vérité, la préexistence, entre toutes personnes, d'une prétendue « *obligation générale de ne pas nuire injustement à autrui* », en vertu de laquelle il n'y aurait pas d' « étrangers juridiques », ne laisse pas d'être affirmée par de nombreux et savants auteurs (68). Mais cette conception, théoriquement séduisante, nous paraît soutenir difficilement l'examen.

De deux choses l'une, en effet. Ou bien le préjudice invoqué procède d'un acte malicieux ou imprudent du défendeur en responsabilité, et alors celui-ci avait le devoir d'éviter cet acte : non pas en tant que cause d'un préjudice *réalisé*, mais en tant que cause malicieuse ou imprudente d'une *possibilité* de préjudice *et alors même*

préfèrerons nous conformer à la terminologie traditionnelle, en conférant — ou, plutôt en conservant — incorrectement mais sciemment, au mot : « responsabilité », cette acception *générique*, lorsque nous le pourrons, comme ici, sans danger d'équivoque pour notre pensée.

(67) Louis JOSSERAND, *Les Transports*, 2e éd., n° 628.

(68) En ce sens : M. PLANIOL, Rev. Crit., 1905, p. 291 et *Traité élém.*, 9e éd., t. II, 1923, n° 830, p. 272. — J. BONNECASE, *Supplém.*, t. II, 1925, p. 566 et 567. — RIPERT, *La Règle morale*, 2e éd., 1927, n° 133, p. 288 ; n° 136, p. 254 ; n° 148, p. 275 ; n° 150, p. 299 ; n° 195, p. 392. — R. DEMOGUE, *Oblig.*, V, 1925, n° 1231, p. 524 et n° 1237, p. 542 et 543. — PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Oblig.*, t. I, 1930, n° 503, p. 700 ; n° 505, p. 701 ; n° 514, p. 707. — *Contra :* F. GÉNY, *Risques et resp.*, R. Tr. Dr. Civ., 1902, p. 816. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Oblig.*, 3e éd., XII, t. I, 1906, n° 357, p. 402. — COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, 7e éd., t. II, 1932, p. 380. — JOSSERAND, *Cours de Dr. Civ.*, t. II, 1930, p. 202.

qu'un heureux hasard en eût empêché la réalisation. Ou bien, le préjudice invoqué ne procède pas d'un acte malicieux ou imprudent du défendeur en responsabilité, lequel n'est recherché qu'à raison de sa qualité de commettant ou de gardien, c'est-à-dire *à raison de l'intervention — dans la production du dit préjudice — d'une personne ou d'une chose au service dudit défendeur,* et alors, quelque injuste que soit ce préjudice, le défendeur n'a cependant *— quant à sa production — violé aucune obligation.* La seule obligation qui lui incombera sera *quant à la réparation.*

Par ailleurs, est-il permis de confondre les *devoirs généraux* et indéterminés de loyauté et de prudence, avec *l'obligation juridique* proprement dite, imposant, par définition, au débiteur, telle prestation utile, tel SERVICE *lato sensu* au bénéfice du créancier ? Peut-on, rationnellement, soutenir que *ne pas agir avec malice ou imprudence c'est rendre un service à toutes les personnes qu'on aurait pu léser par sa malice ou son imprudence ?*

C'est ce que, contrairement aux auteurs dont nous avons tout à l'heure donné la liste (*supra,* p. 34, n. 68), de non moins éminents se sont catégoriquement refusés à admettre On nous permettra, sur ce point, quelques citations :

SAVIGNY : « Une personne peut être, comme une chose, attirée dans le domaine de la volonté d'une autre personne et *soumise à sa domination*... Les rapports de droit en vertu desquels nous dominons un acte déterminé d'une autre personne s'appellent: *obligations* » (69).

H. CAPITANT : « Dans le cas de la responsabilité délictuelle, l'acte dommageable n'apparaît pas comme la violation d'un rapport de droit antérieur ; il n'intervient pas à l'occasion d'une obligation préexistante. *C'est lui qui fait naître l'obligation.* Par conséquent, pour déterminer quelles sont les conséquences du délit, il n'y a pas à tenir compte d'un lien juridique antérieur *qui n'existe pas* » (70).

Ch. BEUDANT : « L'obligation, envisagée comme un rapport *entre deux personnes, déroge à l'état normal* des individus » (71).

L. JOSSERAND : « La responsabilité délictuelle naît, NON PAS DE PRÉTENDUS DEVOIRS PRÉEXISTANTS, mais bien de la faute même qui a été commise à leur occasion » (72).

BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE : « Pour soutenir la préexistence d'une obligation délictuelle, il faut considérer comme des obligations les DEVOIRS GÉNÉRAUX qui incombent à tous les hommes... par exemple le devoir de ne pas tuer ses semblables, de ne pas voler, etc...EST-CE LA PRENDRE LE MOT *obligation* DANS SON SENS JURIDIQUE ? L'obligation n'implique-t-elle pas une RESTRICTION A LA LIBERTÉ NATURELLE d'un individu, l'existence entre deux PERSONNES DÉTERMINÉES, d'un rapport de droit SPÉCIAL ? » (73).

(69) *Traité de Dr. Romain*, Trad., Ch. Guenoux, t. I, 1840, Liv. I, Ch. I, § LIII, p. 328 et 333.

(70) *Oblig. de voisinage*, R. Crit., 1900, p. 167, n. 1.

(71) *Cours de Droit civil français, Les Contrats et les Obligations*, 1906, n° 7, p. 4.

(72) *Cours*, II, n° 422.

(73) *Des Oblig.*, 3e éd., XII, t. I, 1906, n° 357, p. 402.

A cette question, voici une réponse assez autorisée, nous semble-t-il, pour qu'il nous soit permis de la faire nôtre :

Fr. GÉNY : « Ce ne peut être que par une fâcheuse déformation de la terminologie traditionnelle que l'on prétend découvrir, à la base de toute responsabilité, même délictuelle ou quasi-délictuelle, un manquement à une obligation « préexistante »... C'est, en effet, *confondre les notions les mieux établies* que de considérer comme une obligation, AU SENS JURIDIQUE DU MOT, la nécessité qui s'impose à chacun de respecter les droits d'autrui » (74).

La justesse de telles observations émanant de telles autorités (75) nous paraît faire table rase de la prétendue « obligation juridique générale de ne pas nuire injustement à autrui ».

II. — Reste la question de savoir si — et, si oui, au nom de quel principe — pourra s'étendre au régime OBLIGATIONNEL, *même non contractuel, la primauté* reconnue au régime CONTRACTUEL sur le régime DÉLICTUEL. A cette question, nous répondrons que : non seulement cette dévolution de primauté du contractuel à l'obligationnel va de soi, mais, même, que *le principe en est précisément celui qui — sans qu'on l'ait encore formellement aperçu — joue en faveur de la responsabilité contractuelle elle-même, beaucoup plus efficacement que la prétendue vertu de la volonté.*

De ce principe, nous découvrons la révélation — inconsciente, peut-être, mais intuitive — chez maints auteurs que l'on nous permettra encore de citer :

LABBÉ : « Le contrat est la loi des parties, loi SPÉCIALE, substituée, ou même ajoutée, superposée à la loi GÉNÉRALE » (76).

MM. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE opposent, nous l'avons vu (*supra*, p. 35), « le devoir GÉNÉRAL qui incombe à TOUS les hommes de ne pas tuer, — voler... » à l'obligation juridique « rapport de droit SPÉCIAL entre deux personnes DÉTERMINÉES ».

M. Julien BONNECASE, à qui l'on ne saurait, pourtant, reprocher une tendresse excessive pour le contrat, ni pour la responsabilité contractuelle, écrit lui-même :

« Ce qui est certain, c'est qu'on ne peut ériger en responsabilité de droit COMMUN les règles faites pour le cas où la victime du préjudice était entrée EN

(74) *Risques et Responsabilité*, R. Tr. Dr. Civ., 1902, p. 816, n. 1 : c'est ce passage que nous avions annoncé *supra*, p. 32, n. 58.

(75) On nous permettra de nous référer encore dans le même sens aux deux très pénétrantes études précitées de M. J. CROUZEL : *La resp. contract.*, R. G. D. L. J., 1926, p. 11, et *La distinction de deux resp. civ.*, R. G. D. L. J., 1926, p. 256 : « Dans le langage du droit, le mot *obligation* doit désigner exclusivement le lien juridique anormal qui astreint une personne à faire ce que, *à l'état natif*, elle n'est pas obligée de faire, ou à s'abstenir d'un acte *qu'à l'état natif* chacun a le droit d'accomplir. Elle ne peut s'employer qu'*improprement* pour désigner *le devoir* qui incombe *à tout homme* de ne jamais causer un dommage injuste à quelqu'un. »

(76) Note au S. 1884.IV.25. — *Adde :* DEMOLOMBE, *Traité des contr. et des oblig.*, t. VIII, n° 450.

RELATION avec l'auteur de ce préjudice sur la base d'une opération juridique DÉTERMINÉE... (tandis que)... en dehors du contrat, la victime a simplement subi l'action de l'auteur du préjudice dans le domaine de la vie sociale EN GÉNÉRAL » (77).

Enfin, passant au Droit administratif, nous nous bornerons à une seule citation — mais combien significative — d'un passage de l'avis formulé par le Ministre de l'Intérieur de l'époque au sujet du conflit *Godart* (78) (omission dans le service télégraphique) et ainsi conçu :

« Aucun devoir GÉNÉRAL n'oblige personne à remettre une dépêche télégraphique à son adresse, pas plus qu'à effectuer le transport d'un colis. Cette obligation n'existe que par suite d'un engagement par l'Etat ou par la compagnie de transports. »

C'en est assez, croyons-nous pour nous affranchir ici du « fétichisme de la source » (79) et nous permettre de conclure par la

(77) *Suppl. au Traité de Dr. Civ.*, t. II, 1925, n° 514, p. 639. — *Adde :* R. DEMOGUE, *Traité des oblig. en général*, t. V, 1925, n° 1231, p. 524.

(78) Tr. Confl., 7 juin 1873, *Rec.* 1873, *Suppl.*, p. 109.

(79) Le moment est venu de nous expliquer sur ce point. La première manifestation que nous relèverons du « fétichisme de la source » est la *confusion* législative de *la source* avec *l'obligation* elle-même. Le titre III du Code Civil est intitulé : « *Des contrats* ou (?) *des obligations contractuelles en général.* » Les articles 1102 et 1103 présentent cette singulière tautologie : « *contrat synallagmatique ou bilatéral* » compensée — si l'on peut dire — par cette horreur : le « *contrat unilatéral.* » A la suite, et à l'exemple, de l'article 1134, les traités et les décisions parlent couramment de « *l'exécution d'un contrat* » du « *contenu d'un contrat* » au lieu de : « *exécution d'une obligation* », « *contenu d'une obligation* » laquelle est « *l'effet du contrat* » (R. DEMOGUE, *Oblig.*, VI, p. 5)... Ainsi encore, observent MM. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN (*Oblig.*, II, n° 768, p. 67) « les effets des *obligations* ont été confondus par le Code civil avec les effets des *conventions :* les art. 1101 à 1233 s'occupent à la fois des uns et des autres ». Et cette confusion entre le lien — qui lie — et les « paroles » qui *font* le lien — mais qui ne le *sont* pas — entre « la poule » et « l'œuf », selon la frappante expression d'Edmond PICARD (*Le Droit pur*, p. 158) — ce n'est pas, on le voit, au profit d'une source quelconque qu'elle joue, mais spécialement au profit de cette source par excellence : LE CONTRAT. Voilà comment on est arrivé à cette distinction du préjudice (par nous dénoncée *supra*, p. 27, 28) selon qu'il procède, ou non, de la violation d'une obligation *contractuelle.* Voilà comment (cf. *supra*, note 57 de la p. 31) un auteur, des plus avertis cependant, se voit — avec une gêne d'ailleurs perceptible — contraint d'appeler « *contractuelle* » la responsabilité de la violation d'une obligation « conventionnelle ou légale » (J. CROUZEL, *La distinction des deux resp. civ.*, R. G. D. L. J., 1926, p. 253) — et cela « pour la commodité de l'expression » (*ibid.*, p. 11) ! Voilà comment on n'a pas songé à chercher, pour la primauté de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité délictuelle, une autre explication que la précellence de la volonté sur les autres sources d'obligations... Nous prions qu'on nous fasse la grâce de ne pas se méprendre sur notre pensée. Pour nous, comme pour l'éminent doyen de Paris Edgard ALLIX : « l'obligation volontairement contractée a quelque chose de sacré pour une conscience humaine » (*Discours* du 14 déc. 1933, Gaz. Pal. du 15, p. 3). A la vérité, le respect dont nous affirmons la nécessité est celui de la JUSTICE. Nous pensons que ce n'est pas le contrat qui doit

formule même, par la formule romaine, du principe de la primauté, non seulement du *contractuel*, mais de *l'obligationnel*, sur le délictuel, savoir :

« *In toto jure, generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* » (80).

Ou, par son abréviation lapidaire :

Speciala generalibus derogant.

Plus familièrement encore, c'est, en style de tailleur, la primauté de la « mesure » sur la « confection », sur le « tout fait ».

être respecté parce qu'il est contrat, mais LA PRÉSOMPTION DE JUSTICE qu'il constitue. Si le contrat doit être respecté, c'est parce qu'il doit être — et dans la mesure où il peut être — présumé JUSTE. Il ne faut pas dire, observait Raymond SALEILLES : « Cela est juste, parce que cela a été voulu », mais : « Cela doit être voulu parce que cela est juste » (cf. BOUGLÉ, *Le Solidarisme*, p. 103). A celui qui prétend dénoncer le contrat, *la charge de la preuve de son injustice :* condition nécessaire, *mais suffisante*. Tout contrat n'est pas respectable — *il en est de coupables* — ET TOUT CE QUI EST RESPECTABLE N'EST PAS CONTRAT. Mais, précisément, ce que nous critiquons ce n'est : ni la liberté — ni le respect — des conventions ; ce n'est pas *la vertu du contrat :* c'est LE MONOPOLE DE LA VERTU que nous venons de lui voir conférer *au point de confondre avec lui* L'OBLIGATION *dont il n'est qu'une source*. Ce que nous regrettons, c'est que le contrat *confère, lui-même, à cette obligation privilégiée qui l'a pour source une excellence telle* que la dite obligation formerait A ELLE SEULE une catégorie des situations juridiques alors que, dans l'autre catégorie, *l'obligation non contractuelle* serait — sinon assimilée — du moins nous l'avons vu (*supra*, note 57 de la p. 31) *accouplée à l'absence d'obligation*. Le premier inconvénient de ce que nous verrons appeler (*infra*, p. 241) : « l'hypnose contractuelle », c'est *la disqualification de l'obligation non contractuelle*. Ainsi a pu être formulée cette proposition, à nos yeux effrayante, que : « Le commandement de la loi oblige autrement que la volonté » (AUBRY et RAU, *Cours de Dr. civ.*, 5e éd., t. VI, par M. Etienne BARTIN, 1920, § 445, p. 354). Conclusion : le militaire appelé pour son temps de service « légal » est « obligé autrement que » le militaire qui est, par sa volonté, « de carrière ». La discipline, le devoir, le service militaires ne sont pas les mêmes. L'obligation militaire elle-même voit sa vertu subordonnée au consentement de l'obligé : *du* « fétichisme du contrat » *à* « l'objection de conscience », *la pente est verticale...* Le second inconvénient de « l'hypnose contractuelle » — celui qui, juridiquement, nous intéresse — c'est de DÉSAXER L'ORDRE JURIDIQUE : alors que la place rationnelle de son axe est située *entre la présence — et l'absence — de l'obligation*, voici qu'on déplace cet axe pour le transporter *entre l'obligation contractuelle*, d'une part — et, d'autre part, comme nous venons de l'observer, *l'obligation non contractuelle* ASSOCIÉE A L'ABSENCE D'OBLIGATION. Quant à ce décalage lui-même, il a produit deux résultats : d'une part, il a faussé, comme nous venons de le voir au texte, l'équilibre et l'économie du droit civil ; d'autre part — et voici ce qui nous touche — IL EST, par là-même, comme nous le reconnaîtrons dans la suite de nos développements (v. *infra*, p. 352 à 353) A LA BASE DE LA PRÉTENDUE SPÉCIALITÉ DE LA MATIÈRE : RESPONSABILITÉ DE L'ETAT, spécialité qui est elle-même A LA BASE DE L'ARRÊT BLANCO. Et voilà qui suffirait à faire apparaître la pertinence de nos réserves à l'égard du « fétichisme de la source », de la confusion entre le fait générateur du droit et le droit lui-même » (Edmond PICARD, *Le Droit pur*, p. 156 et 158).

(80) L. 80 ff. *de Regul. jur.*

Ainsi, ni la contestable préexistence d'une prétendue « obligation générale de ne pas nuire injustement à autrui », ni l'incontestable primauté du régime contractuel sur le régime délictuel, ne nous paraissent s'opposer à la démarche rationnelle de l'esprit qui élargit, qui approfondit, qui « pousse », en un mot, la distinction, l'antithèse entre le délit — et le défaut d'exécution d'une obligation *de source contractuelle* jusqu'à la distinction entre le délit — et le défaut d'exécution d'une obligation (81) *sans acception de la source*. Mais, comme nous l'avons fait prévoir (*supra*, p. 34), ces objections étant résolues, une autre se présente.

Lorsqu'en effet, deux personnes ne sont pas des *étrangers juridiques*, mais sont au contraire *en relation juridique*, il peut arriver que cette *situation de relation juridique* comporte, pour l'une des deux personnes :

d'une part, des *obligations* de donner ou de faire envers l'autre ;

d'autre part, des *pouvoirs :* pouvoirs *juridiques* de commandement sous forme d'injonctions ou d'interdictions, assortis, ou non, de pouvoirs *matériels* de coercition, à l'égard également de l'autre personne (82).

Dès lors, le préjudice susceptible d'être causé par cette personne à l'autre *en fonction de cette situation de relation* à double face, peut procéder :

soit du *défaut d'exécution* d'une *obligation*, d'un devoir ;

soit de *l'excès d'exercice* d'un *pouvoir*, ou, selon l'ellipse consacrée, d'un *excès de pouvoir*.

C'est en quoi le concept — et le terme : « responsabilité *obligationnelle* » se révèleraient encore, comme nous allons le reconnaître, trop étroits. Le concept — et le terme — devant être opposés à la responsabilité *délictuelle* — c'est-à-dire : *qui n'est pas fonction d'une situation de relation préexistante* — pour désigner la responsabilité *qui est fonction d'une situation de relation juridique préexistante*, doivent comprendre : non seulement *le défaut* d'exécution *d'obligation*, mais *l'excès de pouvoir*. Or, d'une part

(81) Nous signalons que, dans cette expression, nous donnons, au mot « *défaut* » ses deux acceptions : *absence* et *imperfection*, de sorte qu'elle signifie, à la fois : *inexécution* et exécution *défectueuse* ou *tardive*.

(82) Exemples : Puissance paternelle, maritale, patronale, syndicale, etc. ; *puissance sociale privée* — contractuelle ou institutionnelle... *puissance (sociale) publique*... pas très différente de la puissance qu'un cercle ou un syndicat exercent par leurs « bureaux » sur leurs membres, ou qu'une société de courses, par exemple, exerce par ses « commissaires », cf. Pau, 28 déc. 1891, S. 1892.II.297, avec la très belle note de Léon Michoud. Sur la référence de la Puissance publique à la *potestas* du *paterfamilias*, cf. Maurice Hauriou, *Précis*, 5e éd., 1903, p. 214, n. 1 et p. 221.

l'adjectif : « obligationnel » prête à la critique comme tout néologisme — et en tant que tel ; d'autre part, l'excès de pouvoir ne fournirait lui-même aucun adjectif facilement acceptable. A la vérité, on peut se passer d'adjectif et dire : « responsabilité d'obligation » et « responsabilité de pouvoir ». Mais, si cette dualité d'expressions peut être utile en certains cas, la nécessité scientifique n'en demeure pas moins, d'une expression unique et générique, embrassant les deux modes de relation : obligation-pouvoir. Nous venons, par là même, de la nommer : c'est la « *responsabilité de relation* », s'opposant à la responsabilité « *de délit* », laquelle implique, au contraire, *l'absence de relation préexistante* au regard du préjudice envisagé. Mais l'expression : « responsabilité de relation » est équivoque. Proposerons-nous « responsabilité *relative* » ? Nous en serions d'autant plus tenté que l'expression : « responsabilité *absolue* » conviendrait assez bien à la responsabilité *délictuelle*. On pourrait encore, très légitimement, qualifier « *spéciale* » ou « *particulière* » la responsabilité *de relation*, par opposition à la responsabilité « *générale* » que constitue la responsabilité *délictuelle*. Mais, si l'adjectif « obligationnel » a contre lui sa nouveauté, celle que constituerait l'emploi des adjectifs : « relatif » ou « particulier », « absolu » ou « général » dans l'ordre d'idées envisagé ne présenterait-elle pas encore plus d'inconvénients ? Puis, étant donné : d'une part, que le mot « obligation » est à double face — active et passive ; d'autre part, que l'excès *de pouvoir* lui-même s'analyse en la violation de *l'obligation* de respecter les limites légitimes ou statutaires du pouvoir (83) ; enfin, *que l'adjectif « obligationnel » n'est peut-être pas, après tout, plus barbare que « contractuel »* (84), nous demandons la permission de conserver l'antithèse : préjudice, responsabilité, régime *délictuels* — préjudice, responsabilité, *régime obligationnels*, étant, toutefois, entendu que nous nous rallierions très volontiers à toute autre terminologie qui apparaîtrait comme une meilleure expression de l'idée à exprimer.

(83) Surtout si l'on considère que le pouvoir devant nous intéresser spécialement, savoir : le pouvoir administratif de l'Etat — autrement dit : la branche administrative de la Puissance publique — est, comme cette Puissance elle-même, instituée en vue de l'intérêt public ayant lui-même pour fin l'intérêt individuel supérieur et bien compris de ceux sur lesquels s'exerce ce pouvoir. « Le pouvoir-fonction » est « *une obligation* au service de personnes autres que les fonctionnaires » (G. MORIN, *L'abus du droit*, Rev. Métaph., 1929, p. 279).

(84) L'adjectif « obligationnel » se rencontre à plusieurs reprises dans *Le Droit pur*, d'Edmond PICARD, notamment : p. 72, p. 93, et p. 158 : « Le contrat de mandat a créé UN DROIT OBLIGATIONNEL. » Par contre, nous n'avons pas su y découvrir l'adjectif « contractuel ». Le *préjudice obligationnel* sera *l'atteinte à un droit obligationnel*.

Et c'est sous le bénéfice de ces observations que nous conclurons (85)

Conclusion

De même que la considération de la relation entre le préjudice et le défendeur détermine une différenciation de la réparation civile en RESPONSABILITÉ *du préjudice fautif et* GARANTIE *du préjudice non fautif de la part du défendeur en responsabilité, de même la considération de la nature intrinsèque du préjudice, selon que le dit préjudice est — ou non — fonction d'une situation de relation juridique préexistant entre le demandeur et le défendeur en responsabilité, détermine la différenciation de la réparation civile en régime de réparation (« responsabilité » ou « garantie ») OBLIGATIONNEL et en régime DÉLICTUEL, étant établi : d'une part, que la thèse de la prétendue préexistence d'une obligation générale de ne pas nuire injustement à autrui ne saurait être retenue et, d'autre part, que la*

(85) Ces lignes étaient écrites lorsqu'a paru la 2e édition du *Traité de la Resp. civ.* de MM. H. et L. Mazeaud. Dans l'avant-propos du t. I, 1934, p. VIII, les savants auteurs amorcent une distinction entre « l'obligation générale de prudence et de diligence » et « les obligations déterminées ».

Or, d'une part, si l'on considère, pour les raisons ci-dessus indiquées et avec les éminents auteurs précités (*supra*, p. 37 et s.), que *la première ne constitue pas une véritable obligation juridique*, la nouvelle distinction de MM. H. et L. Mazeaud apparaît comme un premier pas de la science du Droit civil vers notre propre distinction *entre la présence et l'absence d'une situation juridique d'obligation* entre le défendeur et le demandeur en responsabilité *au regard du préjudice envisagé*.

Si, d'autre part, on veut bien nous permettre une anticipation sur la suite de cette étude, nous signalerons dès maintenant que, depuis 1926 et par les magistrales conclusions *Grimaud* de M. le commissaire du gouvernement Rivet (Cons. d'Et., 20 mars 1926, R. Dr. Publ., 1926, p. 258, v. *infra*, p. 51, n. 115) distinguant entre les demandeurs en responsabilité contre la Puissance publique lésés comme « *usagers* » et les demandeurs lésés comme « *tiers* », la science du Droit public a fait, également, son premier pas vers la distinction *entre la présence et l'absence d'une situation juridique d'obligation* entre les parties *au regard du préjudice envisagé*. Qu'est-ce en effet que le mot « usager », sinon l'euphémisme administratif de « *créancier d'une obligation de prestation d'un service* » ?

Entre ces deux progrès rationnels du Droit civil et du Droit public, nous apparaîtraient ainsi une convergence, une conjonction possibles en la distinction que nous proposons au texte. Nous verrons encore (*infra*, p. 242, n. 51) un savant article de M. Manuel Waline : *De la situation juridique des particuliers faisant usage d'un service public* (Rev. Crit., 1933, p. 255) conclure à l'absence de distinction essentielle entre le contrat et un acte-condition en tant que générateurs d'un « système de droits et d'obligations » entre l'administré « usager » et l'Etat. Ainsi la science juridique, civile comme publique, s'achemine — *ad augusta per angusta* — par la théorie de la responsabilité *contractuelle* vers la théorie de la responsabilité *obligationnelle* — laquelle n'aura qu'à s'approprier l'injuste acquis de sa devancière.

primauté du statut obligationnel sur le statut délictuel procède de la règle : SPECIALA GENERALIBUS DEROGANT.

Quant à l'exploitation concrète du principe de ces deux distinctions (86), nous la réservons pour la Section V ci-après de la présente Introduction, traitant du régime de la *responsabilité dans le service*. Voyons, d'abord, le « service ».

SECTION IV

LE SERVICE

§ I. — Le service « in genere »

Au sein de la société générale, nous voulons dire : de la société nationale, instituée entre tous les individus d'un même pays sur l'idée : Nation, et personnifiée sous la forme juridique : Etat, apparaissent une infinité de types de sociétés spéciales.

Parmi ces sociétés spéciales, il en est une qui, de multiples points de vue : religieux, moral, économique, juridique enfin, présente un intérêt capital.

C'est la société, c'est le COUPLE ORGANISÉ de deux personnes : la première *commandant*, la seconde *obéissant pour l'utilité propre de la première*, « *ad propriam utilitatem dominantis* » (87). La première commandant pour sa propre utilité est le MAITRE, la personne obéissant pour l'utilité du maître est le SERVITEUR. C'est en cet « *organisme* » (88), en cette « institution », que résidera, pour nous, l'acception principale du terme : SERVICE, traduction de SERVITIUM. Ce faisant, nous donnons ici aux trois mots : *Maître*, *Serviteur*, *Service*, leur acception la plus générale, partant la plus correcte, ET NOUS LA LEUR CONSERVERONS DANS LA SUITE DE CETTE ÉTUDE (89).

(86) Comme nous l'avons d'ailleurs annoncé dans notre Avant-Propos (*supra*, p. 3 à 5), le corps même de notre étude, et spécialement les chap. I et II du Titre III, ne seront eux-mêmes que l'exploitation logique de l'une et l'autre distinctions.

(87) Cf. Georges RENARD, *La Théorie de l'Institution*, t. I, 1930, p. 321, n° 2. Nous nous permettrons, toutefois, d'observer que, dans cette expression empruntée à ST-THOMAS, la stricte logique nous paraît demander le remplacement de « *propriam* » par « *directam* ». En effet, si le maître profite *directement* du produit, qu'il s'approprie, de l'activité du serviteur, ce dernier, en vertu du caractère synallagmatique de l'obligation de service : FACIO UT DES, DO UT FACIAS, ne manque pas de profiter — encore que forfaitairement — du profit du maître, et par conséquent, de profiter indirectement du produit de sa propre activité.

(88) René DEMOGUE, *Oblig.*, V, n° 882, p. 74 ; n° 886, p. 79 ; n° 928, p. 133 ; etc.

(89) Pour nous, les termes « *service* », « *serviteur* » et « *maître* » sont employés dans leur acception *la plus générale* pour désigner le régime de l'activité obéis-

« Le service », cette « institution », cet « organisme », cette « société hérile » comme l'appelle le P. Meyer (90), ce « microcosme » d'après M. le professeur R. Demogue (91), ce « consortium » d'après M. le professeur G. Renard (92), c'est donc le concours de deux activités, l'une commandante, l'autre obéissante, c'est le couple en deux personnes : maître et serviteur liées entre elles par une *obligation* — NOUS NE DISONS PAS : PAR UN CONTRAT (93) — synallagmatique (94), en vertu de laquelle le serviteur est astreint à fournir la prestation de son activité obéissante aux ordres et pour le compte du maître en échange d'une contre-partie, d'une contre-prestation de choses — matérielles ou morales — propres à l'entre-

sante, de quelque nature qu'elle soit. Pour nous, LE SERVITEUR PRIVÉ sera toujours L'AGENT AU SERVICE PRIVÉ, comme LE SERVITEUR PUBLIC sera toujours L'AGENT AU SERVICE PUBLIC — cela dit sans ignorer que, dans la langue vulgaire, et — *malheureusement* — aussi dans la langue juridique, ces termes sont trop souvent *rétrécis* et rapportés à *l'espèce particulière* du service *domestique* (v. *infra*, n. 112 de la p. 49).

(90) Cité par M. Georges RENARD, *Institution*, I, p. 586, n° 1.

(91) *Oblig.*, t. III, 1923, p. 469.

(92) *Institution*, I, p. 323, 408, etc.

(93) Nous saisissons cette nouvelle occasion de nous inscrire contre « le fétichisme de la source ». Existe-t-il, avons-nous déjà demandé (*supra*, p. 38, note), une discipline, un devoir, un service pour militaires servant d'office, par la volonté de la loi, pendant la durée légale — et une autre discipline, un autre devoir, un autre service, pour militaires servant par leur volonté au delà de la durée légale ? *L'armée nationale n'est-elle pas une*, quelles que soient *les sources* de son recrutement ? « Attendu, déclare la Chambre Criminelle (27 oct. 1933, Gaz. Pal., 1933.II.860), que la désertion est surtout une violation, SOIT DU CONTRAT d'engagement, SOIT DE L'OBLIGATION QUI EST IMPOSÉE PAR LA LOI à tout individu appelé à faire son service militaire, de continuer CE SERVICE ». Et bien mieux encore : « Attendu que X... (IRRÉGULIÈREMENT INCORPORÉ) *était, par le fait*, soldat... qu'il était porté sur les contrôles (A TORT), recevait la solde et *était assujetti aux exercices du Corps* » (Crim., 6 avril 1832 et 9 mai 1835, D. P., 1882.I.237 et 1835.I.236). De cette société : *service*, le mode de génération est parfaitement indifférent, aussi bien du côté de la volonté du serviteur : « *contrat pur* », ou « *adhésion* », ou « *réquisition consentie* », ou « *réquisition pure* », « Vereinbarung », « Gesammtakt », etc... que du côté de la volonté du maître : *libre choix* ou *désignation d'office*. Ce fut un premier pas vers la vérité que de discuter le rôle de la volonté dans la formation de la grande — comme des petites — sociétés. Le second sera, croyons-nous, de s'en désintéresser, (v. notamment *infra*, p. 239, n. 48-I, et 246). *Peu nous importe le mode de génération* du lien de service : seul nous importe *le lien de service lui-même et en soi*. Par ailleurs, le terme « travail » est d'une généralité vicieuse, parce qu'il convient aussi bien à *l'entrepreneur* qu'au *serviteur*. Aussi rejetons-nous *doublement* l'expression « *contrat de travail* », dans laquelle nous remplaçons « *contrat* » par « obligation » et « travail » par « service », pour ne connaître que : L'OBLIGATION DE SERVICE.

(94) Nous n'avons pu trouver l'expression correcte « *obligation* synallagmatique » que dans SAVIGNY (*Traité de Dr. rom.*, trad. Guénioux, t. VIII, 1851, p. 199).

tien de cette activité (95) : « *Do ut facias, facio ut des* » — ou mieux : « *Dare facere praestare oportere* » (96).

Aux ordres et *pour le compte* du maître, *subordination* de l'agent opérant (*operantis*) et *appropriation* de l'œuvre produite (*operis*) : ces deux conditions sont nécessaires et correspondent à deux éléments essentiellement constitutifs du service (97).

(95) Le serviteur « donne *ce qu'il peut* suivant ses aptitudes, et REÇOIT CE QU'IL LUI FAUT eu égard à son rang, *non seulement en argent, mais en considération, en sécurité...* » (Georges RENARD, *Institution*, T. I, p. 431).

(96) Cf. G. RENARD, *Institution*, T. I, p. 435, la note 1 sur le « contrat *do ut des*, passé par les moines avec Dieu ». Nous n'affirmons, ni ne nions, le « *contrat* ». Encore une fois, *sa présence, comme son absence, nous intéressent également peu.* Nous réservons la question de « passer un contrat avec Dieu », mais nous osons prétendre que ce *à quoi* l'homme est obligé envers Dieu offrirait plus d'intérêt que ce *par quoi* il est obligé. Nous croyons à la primauté *de l'objet* (contractuel ou NON) de l'obligation sur sa *source* — contractuelle ou NON...

(97) D'une part, en effet, si l'activité d'une personne ne s'exerce que pour le compte *et non aux ordres* d'une autre personne, s'il y a seulement appropriation *de l'œuvre* sans subordination de *l'opérant*, il ne reste plus que la simple *utilité* de celui qui a mandaté le mandataire sans le *commander*, ou « commandé » *l'ouvrage* sans « commander » *l'ouvrier.* Cette utilité est encore, si l'on veut, un « *service* » mais alors au sens *économique* — sens *lâche et étymologiquement dégénéré* du mot (cf. *infra*, p. 46, H). Ce n'est plus OPERÆ, mais seulement OPUS (cf. Caen, 29 juin 1931, *Héribel*, Gaz. Pal., 1931.II.562). Par ailleurs, il importe au plus haut point, nous le répétons, de s'affranchir de l'acception étriquée de serviteur au sens de « domestique », pour s'élever au sens le plus large que nous donnons au texte. C'est notamment la signification de l'anglais « *servant* » par opposition à l' « *independant contractor* » c'est-à-dire l'entrepreneur. Au « servant », le maître indique — et impose — non seulement *le but* à atteindre, mais encore le *moyen* de l'atteindre. Quant à l'entrepreneur, il a le droit, selon le mot du Lord Justice *Bromwell*, de tenir au propriétaire le langage suivant : « Il est convenu que je vais construire ce mur, mais je ferai le travail à mon idée, *je le commencerai par ce bout-ci*, et non par l'autre » (A. GÉRARD, *Les « Torts » en Droit anglais*, Thèse Rennes, 1910, p. 316). Il va de soi que, de la perfection — à l'absence — d'obéissance, s'étend une gamme continue. — D'autre part, si l'activité d'une personne s'exerce seulement aux ordres *et non pour le compte* d'une autre personne, autrement dit : s'il y a seulement *subordination* de l'agent *sans appropriation* du produit de l'acte, il ne reste plus que l'OBÉISSANCE, qui, A ELLE SEULE, NE CONSTITUE PAS LE SERVICE. L'obéissance : conformité d'une activité à une volonté autre que celle de l'agent, apparaît comme *un genre en trois espèces* graduées : SUJÉTION, SUBORDINATION, SERVICE, et dont chacune forme, elle-même, une gamme continue. Lorsque *Secundus* doit agir sous l'autorité de *Primus*, seulement en vertu de commandements généraux, il y a simple *sujétion.* C'est la prestation d'actes obéissants *de sujet à souverain.* Lorsque *Secundus* doit agir sous l'autorité *personnelle particulière* et *continue* de *Primus*, il y a *subordination.* C'est la prestation d'activité obéissante *de subordonné à chef.* Lorsque *Secundus* doit agir à l'état permanent, *à la fois sous l'autorité et pour l'utilité* de *Primus*, il y a SERVICE *stricto et recto sensu.* C'est la PRESTATION D'ACTIVITÉ UTILE et OBÉISSANTE de SERVITEUR A MAITRE. D'où cette conclusion de la plus haute importance que, si *le maître* se fait représenter par *un chef*, l'ordre de ce chef, *l'ordre de ce supérieur* représentant le maître : L'ORDRE HIÉRARCHIQUE en un mot, ne sera un ORDRE DE SERVICE que s'il est *conforme à l'utilité du maître. Ainsi l'administration rend des services à l'administré et l'administré obéit à*

Aux ordres et *pour le comple*, ces deux locutions *prépositives*, lorsqu'elles se trouvent réunies, et, partant, constitutives du « service », entraînent en fait, une troisième locution prépositive : *au nom de.*

N'est-ce pas, en effet, sa propre affaire que le maître gère par le serviteur, qui agit par sa volonté et pour son compte ? N'est-ce pas lui qui agit alors dans la personne de son serviteur ? *Quod quisque per alium fecit per se fecisse videtur... Causa causantis est causa causati.* Par sa définition même, le serviteur, *latissimo sensu*, et dans toute son activité *en tant que tel*, est le REPRÉSENTANT du maître (98).

Une dernière observation s'impose. Cette *société : maître-serviteur*, en laquelle nous avons défini *le service* selon son étymologie « SERVITIUM » et que nous devons seulement connaître dans l'ordre juridique (encore que ses plus pures conceptions appartiennent à l'ordre moral et à l'ordre religieux), ne représente pas la seule acception de ce mot : *service*, lequel, comme beaucoup d'autres, ne présente pas, si nous osons nous exprimer ainsi, un sens unique. Il n'est

l'administration sans qu'aucun des deux soit au service de l'autre, mais l'administrateur est aux ordres de l'administration, et il est, avec elle, au service de l'Etat. « LE FONCTIONNAIRE, écrit LABAND, NE SERT PAS SON SUPÉRIEUR : IL SERT L'ÉTAT DE CONCERT AVEC SON SUPÉRIEUR ». (*Le Dr. publ. de l'Emp. All.*, Trad. Gandilhou, t. II, 1901, p. 148). « Les armées, observe de même l'auteur d'une ancienne mais remarquable thèse, doivent OBÉIR A leurs chefs : *ce ne sont pas eux qu'elles doivent* SERVIR, *mais la Patrie* » (Lucien ROCHOUX, *De l'Autorité Militaire*, Bordeaux, 1896, p. 125). Mieux encore : le soldat-ordonnance, *à l'exercice*, n'est *que le subordonné* de son supérieur qui, là, n'est *que son chef*, tandis que, dans les fonctions de brosseur, il est réellement *au service* de l'officier, qui est alors *son maître.* A la vérité, la distinction entre la *subordination* et le *service* est pratiquement délicate en raison de *la présomption d'identité* entre *l'ordre du supérieur* et *l'ordre de service*, présomption *défavorable* au subordonné, à qui il est *reproché* d'avoir *désobéi* et *favorable* au subordonné à qui il est *reproché* d'avoir *obéi.* Mais cette distinction n'en est pas moins essentielle. Le *service* au sens *correct*, c'est, nous le répétons, la prestation d'activité AUX ORDRES (*causalité*) et POUR LE COMPTE (*finalité*) du maître : « Dans le rapport de maître à serviteur, écrit STUART MILL, le *fundamentum relationis* est le fait que l'un a pris l'engagement, OU est contraint, de faire un certain service AU PROFIT ET PAR L'ORDRE DE L'AUTRE » (*Logique*, trad. Louis Peisse, t. I, p. 72). Remarquons en passant, à l'appui de nos précédentes observations (*supra*, p. 38, n. 79 et n. 93 de la p. 43), combien contingente est la SOURCE (« engagement OU contrainte », dit STUART MILL) de l'obligation de service, dont l'OBJET — seul — importe.

(98) Nous avons déduit le « SERVICE » de la « SOCIÉTÉ » ; nous aurions pu le déduire aussi : non seulement du « MANDAT », mais encore de la « GESTION D'AFFAIRES », du « LOUAGE » (de force), de la « VENTE » (du travail de la force). Il tient, en effet, de toutes ces catégories *de pure technique*, mais ne rentre intégralement dans aucune. Il est, lui aussi, une catégorie *sui generis*. Il est LE SERVICE. Il est une INSTITUTION GRACE A LAQUELLE LE MAITRE DÉVELOPPE SON POTENTIEL D'ACTIVITÉ PAR LE CONCOURS, A SON PROFIT, DE L'ACTIVITÉ OBÉISSANTE DU SERVITEUR.

pas de grand — voire même de petit — dictionnaire, où ne se trouve alignée, *hoc verbo*, une série plus ou moins confuse d'acceptions plus ou moins disparates. Même incohérence dans le domaine spécial des sciences juridiques : qu'il s'agisse du Droit civil, du Droit public ou de l'Economie politique, *chacun tire de son côté, avec la plus sereine indifférence du voisin*. Bien mieux, il n'est pas sans exemple qu'un auteur passe d'un sens à l'autre, et, parfois, en accouple deux sans paraître s'en douter. D'où, sur notre mot, de véritables jeux comme celui qui semble avoir échappé à M. Hauriou lorsque l'éminent doyen présente le service public comme un « service organisé pour rendre service » (99). Tel encore le doublet du Code civil lui-même qui, de l'engagement *au* service (art. 1779) saute avec désinvolture à l'engagement *des* services (art. 1780).

Parmi cette diversité d'acceptions, nous relèverons les suivantes :

A. — Le sens fondamental que nous venons de définir et auquel nous tenons particulièrement : *le régime, l' « ordonnancement juridique » afférent au couple : maître-serviteur.*

B. — *L'obligation synallagmatique* constituant *le lien juridique réciproque* des éléments de ce couple..

C. — *L'obligation du serviteur prise isolément* et qui n'est autre chose que « LA FONCTION ».

D. — *Le serviteur lui-même.*

E. — *L'ensemble organisé d'un personnel, disposant de matériel, de moyens et de procédés* (100).

F. — *Le maître lui-même ou la chose du maître* dans les expressions : l'existence ou le fonctionnement du service, l'intérêt, le fait — ou la faute — du service.

G. — *Le pouvoir, la disposition du maître* — par exemple dans l'expression : être au service — ou en service.

« Un juge l'an passé me prit à son service » (101).

« Au service », s'emploiera spécialement pour les personnes.

« En service », s'appliquera également aux choses.

H. — Enfin — et surtout pourrait-on dire, mais d'autant plus fâcheusement — *la simple utilité* considérée comme RÉSULTAT d'une activité, et abstraction faite du MOYEN : l'obéissance, par exemple dans l'expression : rendre un service.

(99) *Précis*, 11e éd., p. 16.

(100) Nous verrons dans un instant (*infra*, p. 49, n. 111) que telle est l'acception courante dans la langue juridique comme dans la langue vulgaire, pour l'expression « service public ».

(101) Cf. Commiss. du gouv. DAVID, conclus. *Blanco :* « des gens AU SERVICE de l'Etat » (*infra*, p. 134).

De ces huit acceptions, quelle sera la nôtre ? *Toutes*... Avec les civilistes, les publicistes et les économistes, avec les théologiens, les philosophes et les sociologues, nous jouerons de ce dé à multiples facettes... Alors, c'est l'équivoque permanente et nous ne l'aurons relevée chez autrui que pour nous en accommoder nous-mêmes agréablement ? *Oui, et non.*

Oui, en ce que nous butinerons, en effet, d'un sens à l'autre. *Non*, en ce que nous le ferons, *le sachant* et *le lecteur prévenu*. Que si, ce faisant, nous avions besoin d'une justification, elle nous serait fournie par Stuart Mill en ces termes :

« Quand il est impossible de se procurer de bons outils, ce qu'il y a de mieux à faire est de bien connaître les défauts de ceux qu'on a. J'ai donc prévenu le lecteur de l'ambiguïté des noms que, faute de meilleurs, je suis obligé d'employer. C'est maintenant l'affaire de l'auteur de les employer de manière que leur signification ne soit en aucun cas douteuse et obscure... » (102).

Nous nous y efforcerons.

§ II. — Les différentes formes — et spécialement la forme publique — du service

Comme tout concept générique et complexe, le « service » comporte autant de systèmes de différenciation que de points de vue. Nous nous placerons ici au point de vue *du maître*, c'est-à-dire au point de vue de l'élément dirigeant, de l'élément puissant, de ce couple : maître-serviteur, en lequel nous avons analysé et défini *le service*. Et nous distinguerons trois espèces de maître. savoir :

1° La personne *physique individuelle*, constituant le maître *individuel privé ;*

2° La personne *morale, sociale, privée*, constituant le maître *social privé ;*

3° La personne *sociale publique*, constituant le maître *social public* (103).

D'où, à cet égard, trois *espèces* du *genre* « Service », savoir :

Le *Service* privé individuel ;

Le Service *privé* social ;

Le Service *public* (104) (nécessairement social).

(102) Stuart Mill, *Logique*, Trad. Peisse, 1866, t. I, p. 52 ; cf. le précepte scolastique : « ex contextu genuinus sensus definiri debet », le sens exact doit être déduit du contexte (Ad. Tanquerey, *Theologia moralis*, t. II, 7e éd., p. 253).

(103) On pourrait ajouter — dans l'ordre ascendant : 4° La personne divine, maître divin, dont le service a comporté juridiquement le « privilège de clergie » *privilegium fori* (*N. A. H.*, I, 616, 618).

(104) La même distinction entre « service privé » et « service public » est for-

Abréviations dont nous levons l'équivoque en précisant que, par ces trois expressions, il faut entendre respectivement :

Le Service *du maître* individuel privé.

Le Service *du maître* social *privé*.

Le Service *du maître* (social) *public*.

Conformément à l'intitulé du présent paragraphe, nous nous arrêterons un instant sur le dernier service, sur celui dont le « maître » est, sous l'un de ses différents aspects (105), la personne publique et, partant, lorsque le « service » à exécuter par son ordre et pour son compte est un « service public ». *A maître privé, service et serviteurs privés. A maître public, service et serviteurs publics.*

Que si l'expression « *maître public* » ou « *maître du service public* » avait de quoi surprendre, nous la couvririons de quelques parrainages particulièrement autorisés tels que ceux de : MM. Esmein et Nézard (106), M. le Commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions *Hautefeuille* (107) et... le Ministre de la Guerre lui-même dans ses observations *Bailly* (108).

Le maître du service public, c'est théoriquement, *la Nation*. Pratiquement c'est *l'Etat* (109) forme juridique de la Nation, ou, selon la formule de Savigny (110) « la manifestation organique du Peuple ».

Pour ce qui est de l'expression « service public », nous avons déjà reconnu (*supra*, p. 46, n. 100) que son acception courante est plutôt : *ensemble d'un personnel organisé, disposant de matériel,*

mulée dans les *Lois économiques* de A. de METZ-NOBLAT, 1926, p. 127. — Il existe actuellement, en Moselle, un « Syndicat des *Employés de l'Etat* » et un « Syndicat des *Employés privés* ». Il ne s'agit nullement pour nous, on le voit, de prétendus services *privés* DE L'ETAT. A nos yeux, tout service *de l'Etat* est service DE LA NATION, donc service NATIONAL ; service DU PEUPLE, donc — *étymologiquement* — service PUBLIC. Et il n'est pas plus, *pour l'Etat*, de *service* « *privé* », que de *personnalité* — de *domaine* — ou de *personnel* — « *privés* » (v. *infra*, n. 104 de la p. 178, A. B. C.).

(105) Etat, Département, Commune, Etablissement public, Colonie.

(106) *Eléments de Dr. Const.*, 7e éd., t. II, 1921, p. 119.

(107) Cons. d'Et., 27 octobre 1922, R. Dr. Publ., p. 573 : « En matière de dommage causé par un service public, c'est *le maître du service public* qui en est directement responsable. »

(108) Trib. Confl., 17 novembre 1917, Rec., p. 735 et D. P. 1918.III.1.

(109) A la vérité, la personne publique, maître public, se présente, nous le répétons, sous la forme, non seulement de l'Etat, mais de ses démembrements territoriaux ou techniques : départements, communes, colonies, établissements publics. Notre étude concerne spécialement l'Etat et, seulement *mutatis mutandis*, les autres personnes publiques.

(110) *Traité de Dr. romain*, trad., Ch. Guenoux, t. I, p. 52.

de moyens et de procédés (111). Mais nous ne croyons pas que cette déviation, cette dérivation, tout au moins, et dont nous ferons d'ailleurs également usage (cf. *supra*, p. 47), puisse être exclusive de la signification étymologique et historique : celle de « *servitium* ».

Enfin. pour les personnes au service de la Puissance publique, du « maître public », nous aurions peine à concevoir que l'expression à la fois la plus générale, la plus précise et la plus propre : « serviteur public » puisse paraître contestable — alors que sa consécration ne l'est pas (112).

(111) C'est ce qui ressort, notamment, des définitions suivantes :

— Celle de M. le professeur MOREAU : « Ensemble des moyens, personnel et matériel par lesquels une personne administrative accomplit sa tâche : satisfaction d'un besoin collectif » (*Dr. adm.*, 1909, n° 57, p. 55).

— Celle de Léon DUGUIT : « Toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants » (*Traité de Dr. Const.*, 2e éd., t. II, 1923, p. 55).

— Celle de M. le professeur JÈZE : « Procédé juridique qui peut être appliqué pour la satisfaction d'un besoin d'intérêt général » (*La définition du service public*, R. Dr. Publ., 1923, p. 561).

— Celle de M. le professeur L. ROLLAND : « Ensemble de personnes, de matériel et de procédés juridiques et techniques, institution publique destinée à pourvoir à des besoins collectifs » (Note sous Cass., Ch. réunies, 15 juin 1923, *Cardinal Luçon*, D. P. 1924.I.154).

— Celle de M. le professeur R. BONNARD : « Organisation destinée à donner satisfaction à certains besoins et intérêts individuels et collectifs de la nation » (*Fonctions de l'Etat et Services Publics*, R. Dr. Publ., 1925, p. 5).

— Celle du regretté doyen HAURIOU : « ORGANISME COMPLEXE COMPOSÉ D'AUTORITÉS, D'AGENTS » (*Précis*, 11e éd., 1927, p. 312).

(112) « Les agents administratifs sont de bons SERVITEURS, écrit M. Georges RENARD (*Cours élém. de Dr. Publ.*, 1922, p. 136). L'expression « *serviteur de l'Etat* » — *qui a récemment reçu sa consécration solennelle, publique et péremptoire dans le Rapport ministériel du 4 avril 1934 au Président de la République sur la réforme du régime des pensions avec référence à la loi des 3-22 août 1790, et dans la « Déclaration du gouvernement aux fonctionnaires » du 6 avril* — figure dans la plupart des articles qu'à la demande de l'actualité, le journal « *Le Temps* » consacre à la question des fonctionnaires. Nous citerons dans le même sens le journal « *La France Militaire* » du 13 juin 1926 : « Officiers et fonctionnaires, tous sont *des serviteurs de la nation* et contribuent à sa grandeur, à sa sécurité et à sa bonne administration. » — « J'ai dit au Chef de l'Etat en lui présentant mes collaborateurs, déclarait naguère M. le Président POINCARÉ, que nous étions AU SERVICE DE LA NATION et que nous travaillerions à la chose publique de toutes nos forces, de toute notre âme, de tout notre cœur » (D'après un article publié le 18 février 1926 par le journal « *Le Matin* » sous le titre : « AU SERVICE DE LA FRANCE »). — « Le nom de *ministre*, prêchait le 15 février 1929, en l'église Saint-Sulpice, le R. P. SANSON, est un hommage indirect rendu à la religion chrétienne, car **ministre signifie serviteur** » (Journal « *Le Temps* » du 16). — Du Père SANSON, on ne saurait nous faire grief de remonter à L'ÉVANGILE : « Filius hominis *non venit ministrari sed ministrare...* » (MATTH., Ch. 20, V. 28). — A la fin d'un discours prononcé à Angers le 10 mai 1930 (Journal « *Le Temps* » du 12), M. le professeur JOSEPH-BARTHÉLEMY concluait : « Les fonctionnaires sont

SECTION V

RESPONSABILITE ET GARANTIE OBLIGATIONNELLES OU DELICTUELLES DANS LE SERVICE

Nous nous proposons maintenat de relever — schématiquement — les régimes juridiques de la réparation civile du préjudice causé à *Tertius*, *patient* par *Secundus*, *agent* au service — serviteur — de *Primus*, *maître*, soit privé, soit public (cf. *supra*, p. 48), et cela dans l'hypothèse où *Primus* et *Tertius* ne sont pas des « étrangers juridiques », dans l'hypothèse de la *préexistence*, entre *Primus* et *Tertius*, d'une *situation de relation juridique*, d'un système *d'obligations et de pouvoirs* que, par référence au phénomène physique du « champ magnétique » nous appellerons : un « *champ juridique* » (113). Mais il va de soi que les divers préjudices susceptibles d'être causés à *Tertius* par le serviteur *Secundus* peuvent consister — OU NON — en le défaut d'exécution d'une des dites obligations (quelle qu'en soit la source : contractuelle, légale, statutaire, institutionnelle, prétorienne (114), etc.), ou en l'excès d'exercice d'un de ces pouvoirs (115). Ainsi la présente Section comprendra deux

les serviteurs de la nation; ils doivent LA SERVIR techniquement dans les services techniques et intellectuellement dans les services intellectuels... **Il faut rendre sa noblesse au verbe servir.** » — *Serviteur de l'Etat, serviteur de la Nation, serviteur du Pays, serviteur du Peuple, serviteur de la France*, nous proposons de sublimer tout cela en l'expression si simple, si large, si naturelle, si juridique : **« serviteur public »,** synonyme de SERVITEUR NATIONAL, s'opposant à « *serviteur privé* » et dominant, de toute sa hauteur de *genre*, l'effrayante poussière de *spécifications* byzantines (cf. J. APPLETON, *Contentieux adm.*, 1927, p. 221, 225), où se complaisent les bureaux ministériels, malheureusement suivis par la doctrine. « *Serviteur public* », nous ne serions pas éloigné de le traduire à son tour par « *servus publicus* » : esclave — comme à Rome — de la chose publique. *Servitude, mais grandeur — et, précisément, grandeur parce que servitude...*

Avec M. le professeur JOSEPH-BARTHÉLEMY, cité il y a un instant, avec le bon maître Henri LAVEDAN dans sa pièce : « *Servir* » (représentée pour la première fois le 8 février 1913 au théâtre Sarah Bernhardt)... et contre VIGNY, nous formons le vœu que l'on « rende sa noblesse au verbe SERVIR ». Pour la justesse comme pour l'honneur de la langue juridique française, il faut que le beau nom de SERVITEUR y reçoive l'investiture dans un sens autre que celui de laquais.

(113) Notre terminologie appellerait l'expression : « champ *obligationnel* », mais la possibilité de recourir ici à l'adjectif : « juridique » présente deux avantages : d'abord, l'économie du néologisme ; ensuite une extension comprenant à la fois la relation *juridique d'obligation* et la relation *juridique de pouvoir*.

(114) On sait que « *l'obligation prétorienne* » ne constitue plus un monopole de la jurisprudence administrative (cf. *infra*, p. 249 et p. 348, n. 51-52).

(115) Comme deux personnes même liées par un système de relations juridiques peuvent toujours se causer des préjudices *indépendants de ce « champ juridique »*, on voit que *l'hypothèse de la préexistence* du dit « champ juridique » comprend

paragaphes respectivement consacrés à chacun de ces deux cas, en commençant par le plus général, c'est-à-dire le second. Dans un troisième paragraphe, nous déduirons des deux précédents quelques observations touchant la doctrine régnante de la responsabilité qui nous intéresse : celle de l'Etat, *maître du service public*.

§ 1. — Régime de réparation civile délictuelle

S'agissant d'un régime de relations entre trois personnes : *Primus, le maître ; Secundus, le serviteur, agent*, auteur matériel du préjudice ; *Tertius, le tiers patient*, l'examen complet de cet « ordonnancement juridique » (116) devrait porter *sur les trois côtés du triangle :* De maître à tiers — de serviteur à tiers — de serviteur à maître. Nous pouvons même ajouter que la considération isolée de l'un de ces côtés ne va ni sans difficulté, ni sans inconvénient, mais les limites de notre cadre nous contraignent à nous cantonner

aussi *celle de son absence*. Les exemples de préjudices délictuels entre personnes en relations juridiques (contractuelles par exemple), et cela non seulement en dehors — mais même à l'occasion — du jeu de ces relations contractuelles, sont courants. L'espèce classique est celle du débiteur qui injurie ou blesse son créancier (ou inversement) : alors même que l'injure ou la blessure interviendraient au cours d'une discussion sur la créance, il est généralement admis que le lien de causalité simplement occasionnelle entre le rapport obligatoire préexistant et un tel préjudice n'est pas suffisant pour constituer « contractuel » le dit préjudice. *A fortiori* si l'altercation n'a aucune relation avec la créance. Il peut même arriver qu'entre deux personnes juridiquement liées, ce soit *le même événement* qui détermine, de la part de l'une et à l'égard de l'autre, *à la fois* un préjudice contractuel et un préjudice délictuel : Raymond Saleilles (*Théorie gén. de l'oblig.*, 2e éd., 1901, n° 332, p. 433, n. 2) imagine ainsi l'hypothèse du déraillement et du déversement d'un train en remblai, accident qui cause en même temps une blessure à un voyageur, et une détérioration à la propriété de celui-ci, située au pied du remblai. — Le cas qui nous intéressera spécialement sera celui du *membre social* qui peut, de la part du *corps social*, éprouver — d'une part, des préjudices procédant : soit du défaut d'exécution d'une obligation — soit de l'excès d'exercice d'un pouvoir — du corps social : préjudice « obligationnels » (pour ne pas multiplier les néologismes nous comprenons, pour la raison ci-dessus indiquée (v. *supra*, p. 40), l'excès de pouvoir dans « obligationnel ») — d'autre part, des préjudices *ne pouvant pas être considérés comme* procédant d'un tel défaut d'exécution d'obligation ou d'un tel excès d'exercice de pouvoir du corps social : préjudices dès lors purement « délictuels ». Autrement dit encore : préjudices d' « *usagers* » et préjudices de « tiers » : et nous voici, pas à pas arrivé..., avec M. le commissaire du gouvernement Rivet dans ses savantes conclusions *Grimaud* (Cons. d'Et., 20 mars 1926, R. Dr. Publ., 1926, p. 260 ; v. *infra*, n. 60 de la p. 252), à sa pénétrante distinction entre la victime « *tiers* » et la victime « *usager* » à l'égard du service public (v. *infra*, p. 72, n. 187) — entre le demandeur lésé en tant qu'*étranger* à l'entreprise administrative de l'Etat, et le demandeur lésé en tant que *client* de la dite entreprise (v. *supra*, p. 41, n. 85 et *infra*, p. 67, n. 169).

(116) Léon Duguit, *Leçons de Dr. publ. gén.*, 1926, p. 58.

— comme tout le monde, d'ailleurs, pourrions-nous dire (117) — dans l'étude de l'obligation de réparation du maître envers le tiers, posée en législation française par l'article 1384-3° du Code civil

Sous le bénéfice de cette observation, nous examinerons d'abord *la nature et le fondement* de l'obligation de réparation civile du maître envers le tiers victime du fait du serviteur, puis *les conditions* et enfin *les limitations* de son jeu.

ARTICLE 1. — NATURE ET FONDEMENT DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION DÉLICTUELLE DU MAITRE DU SERVICE : PRIVÉ OU PUBLIC

Il va de soi que, tant que dura — ou, plutôt, tant que prospéra, car il essaye encore de durer — le règne de ce que nous avons pu appeler, parallèlement au « *fétichisme de la source* » (cf. *supra*, p. 37, n. 79), le « *fétichisme de la faute* » cf. *supra*, p. 17, n. 24), l'obligation de réparation délictuelle imposée au maître ne pouvait se voir attribuer d'autre fondement que *la faute de celui-ci*. On lui fit même large mesure. Une faute était nécessaire — mais suffisante — on lui en trouva deux : la faute *dans le choix* et la faute *dans la surveillance — culpa in eligendo, culpa in vigilando*. Quand nous aurons signalé que c'est Marcel Planiol lui-même, le défenseur aussi éminent qu'irréductible de la *responsabilité pour faute*, qui dénonça la double erreur de cette double imagination (118), et quand nous aurons ajouté que, sous la plume de MM. H. et L. Mazeaud, on peut lire que « *la responsabilité de l'art.* 1384-3° *existe*

(117) Il est, en effet, digne de remarque que la question de la *responsabilité du serviteur agent envers le tiers patient* est sereinement laissée de côté dans les traités. Encore, pour le *service public administratif*, la nécessité politique de le « *garantir* » et, *par lui, l'administration*, a-t-elle inspiré la distinction devenue classique entre *le fait de service*, qui exclut — et *le fait personnel*, qui détermine — sa mise en cause *personnelle*. Mais, pour le service *privé*, la question de la responsabilité du serviteur à l'égard des tiers est à peu près considérée comme inexistante. Quant à la question de la répercussion, ou plus exactement : de *la liquidation, entre serviteur et maître, du procès de responsabilité engagé par le tiers contre le maître*, elle est également dédaignée *en droit privé* et son intérêt n'a commencé à se révéler *en droit administratif* que depuis l'apparition du « cumul » des responsabilités. Cf., notamment, à l'occasion de l'arrêt Cons. d'Et., 28 mars 1924, *Poursines*, les notes de M. Jean Appleton au D. P. 1924.III.49 et Gaston Jèze dans R. Dr. Publ., 1924, p. 601. *Adde :* Joseph Delpech, *De la resp. envers l'Etat des fonct. autres que les comptables*, Mélanges Hauriou, p. 189 (Sur cette conséquence de l'admission du « cumul », v. *infra*, la note 25 de la p. 445).

(118) « Ainsi chassés d'une de leurs deux forteresses, ils (les partisans de la faute de *choix* et de la faute de *surveillance*) se réfugient dans l'autre et *continuent indéfiniment ce petit jeu* bien qu'ils ne trouvent d'appui solide, ni sur un point, ni sur l'autre » (M. Planiol, *Etudes sur la resp. civile*, R. Crit., 1909, p. 297).

en dehors de toute faute, même présumée du commettant » (119), la cause de la « faute » du maître pourra être considérée comme jugée. L'OBLIGATION DE RÉPARATION DU MAITRE EST DONC : NON PAS « RESPONSABILITÉ », MAIS « GARANTIE » (120).

Mais — quel en sera le fondement ? Nombreux sont les systèmes proposés pour suppléer à la « faute du commettant ». C'est d'autant moins le lieu de les discuter ici qu'on en trouvera l'énumération — et la critique — dans l'ouvrage magistral de MM. H. et L. Mazeaud (121). Il nous suffira de considérer la solution que proposent, à leur tour, les deux savants auteurs, à savoir que la responsabilité du commettant a pour fondement la faute du préposé, lequel « ne fait que prolonger », l'activité du commettant. Ainsi, « en raison de la confusion » qui existe entre commettant et préposé « la faute du premier est, au regard de la victime, faute du second » (122). Finalement, le fondement cherché est encore la faute du commettant en son « prolongement » : le préposé (123).

Un crime commis par un préposé « dans ses fonctions » serait-il donc le crime du commettant, dont il engage la responsabilité civile ? Et même s'il ne s'agit que d'une simple désobéissance, pourrait-on voir, dans un acte accompli par le serviteur contre la volonté du maître, un acte du maître ? Il paraît difficile de le soutenir. La vérité est que, pour « confondre » préposé et commettant, pour substituer arbitrairement, à la responsabilité *du fait* d'autrui, la responsabilité *pour* autrui, MM. H. et L. Mazeaud ont — très visiblement (124) et sur ce point comme sur d'autres (125) — « confondu » eux-mêmes... *faute* et *responsabilité*.

(119) H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 931, p. 651.

(120) En tant que *maître* et abstraction naturellement faite de sa faute *personnelle* qui, de « *commettant* », le transforme en « *complice* » (R. DEMOGUE, *Oblig.*, IV, p. 215) *faulif* et, partant, *responsable* de sa faute — hypothèse qui, d'ailleurs, est radicalement étrangère au cas de la personne morale (*cf. infra*, p. 55, n. 127).

(121) *R. C.*, I, n°s 928 à 936, p. 648 à 655.

(122) *Loc. cit.*, n°s 935, p. 654 et 964, p. 674.

(123) On peut bien (*cf. supra*, p. 45) reconnaître, en le serviteur, « le prolongement du maître », mais seulement dans la mesure où il agit *en tant que serviteur*, c'est-à-dire COMME AGIRAIT — OU TOUT AU MOINS, COMME POURRAIT AGIR — LE MAÎTRE LUI-MÊME, qu'il « prolonge ». Or, peut-on prétendre que le serviteur prolonge le maître lorsqu'il lui désobéit, ou lorsqu'il commet un acte criminel dont la réparation civile pourra néanmoins incomber au maître ?

(124) « Le préposé, affirment-ils (n° 935, p. 654) n'est pas autre chose que le bras du commettant : il serait aussi absurde de la part du commettant de refuser de *répondre* des actes de son préposé que de refuser de *répondre* de l'un de ses actes en prétendant que cet acte est l'œuvre de sa main, non de lui-même ».

(125) Notamment tout au long de la page 356 du tome I. — Cf. *infra*, p. 75, n. 197.

Et encore, le fondement de l'obligation du maître peut d'autant moins être cette sorte *d'assomption* de la faute du serviteur que, nous le verrons dans un instant (*infra*, p. 60, n. 143), *rien n'est moins établi que la nécessité de cette faute du serviteur lui-même.*

Et enfin, n'est-ce pas MM. H. et L. Mazeaud eux-mêmes qui, dans le tome II de leur Traité, ont magistralement dégagé la distinction entre la faute intentionnelle ou lourde *du commettant* et celle *du préposé*, laquelle peut n'impliquer *aucune faute* même légère *du commettant* ? Il est vrai que... sentant peut-être cette contradiction, M. Léon Mazeaud a cru devoir, postérieurement, désavouer cette dernière thèse, juste pourtant (cf. *infra*, p. 65 et n. 160).

Autant de raisons pour lesquelles on s'expliquera que « de nombreux défenseurs de l'idée de faute aient cru devoir faiblir » (126).

Or, si pour le maître personne *physique individuelle*, l'obligation de garantie pour le fait nocif du serviteur n'a pas pour fondement la faute du maître, ainsi en est-il, *a fortiori*, du cas du maître personne *morale collective* qui, *au sens traditionnel par nous adopté de la faute*, ne peut proprement commettre *lui-même* une faute : « La responsabilité écrit M. Demogue lui-même ne peut, en pareil cas, que dériver d'idées étrangères à celle de faute » (*Oblig.*, III, n° 344, p. 546) (127).

(126) H. et L. Mazeaud, *R. C.*, I, n° 932, p. 651.

(127) Autant nous croyons nécessaire, même juridiquement, un anthropomorphisme *mesuré* de l'être juridique collectif dit : *personne morale* (cf. *infra*, p. 264 et s.), autant il nous paraît interdit *de dépasser* la mesure comme on le fait en attribuant à la personne morale non seulement *la responsabilité*, mais aussi — mais même — LA COMMISSION des fautes de ses agents, et, partant, *la conscience* de ceux-ci (v. *supra*, p. 20, n. 29). C'est précisément en cette prétendue « faute de la personne morale » que nous avons reconnue une de ces « DÉNATURATIONS » de la « FAUTE » que nous avons dénoncées (*supra*, note 24 de la p. 18-3°). Le besoin, l'obsession, de justifier la responsabilité par la faute à tout prix, le « fétichisme de la faute », a conduit, sinon à imaginer — du moins à exploiter sous ce rapport EXTERNE — la théorie d'ordre purement INTERNE de « *l'organe* ». Parmi les agents de la personne morale, on a distingué des agents d'une certaine espèce que l'on a baptisés « organes », et dont on a décidé que les faits et gestes, spécialement les faits fautifs, accomplis par eux *en tant que tels*, c'est-à-dire « dans la ligne de leur fonction », seraient les faits et fautes *de la personne morale* (cf. notamment, Léon Michoud, *Pers. mor.*, 3e éd., t. II, nos 268 et s., p. 231 et s.). Un tiers de la thèse particulièrement remarquée de M. Maurice Lorne : *Responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants*, Paris, 1910 (p. 88 à 142) est consacré à une critique incisive et à nos yeux décisive *de l'exploitation* de ce concept de « l'organe » *en cette matière*. Dans le traité des *Obligations* de MM. Planiol, Ripert et Esmein, t. I, 1930, n° 501, p. 697, on peut relever cette conclusion : « *La distinction de l'organe et de l'agent au point de vue de la responsabilité civile paraît donc inutile.* » Faut-il ajouter que, transplantée en Droit public, la théorie de « l'organe » *s'y épanouit en une singulière incohérence?* Après avoir, dans la 1re édition de son *Précis de Dr. adm.* (1892, p. 605), désigné les

Quel sera donc, pour nous, le fondement de cette « garantie », de cette obligation de réparation, incombant au maître, même non fautif, envers le tiers victime du fait du serviteur ? A cette question, voici notre réponse

Il n'est point de médaille sans revers. Utiliser l'activité obéissante d'autrui, c'est-à-dire, d'après notre définition (v. *supra*, p. 42 et s.) : *se faire « servir »*, ne va pas toujours sans inconvénients. Il en est un, entre autres, particulièrement désagréable par sa fatalité comme par ses conséquences possibles : c'est l'éventualité, le dan-

« autorités administratives » et les « fonctionnaires » comme les « préposés » des personnes administratives, puis, dans la 6e édition (1907, p. 62), distingué entre les « organes administratifs » et les « simples préposés ou simples fonctionnaires », M. Hauriou reconnaissait, dans la 8e édition (1914, p. 496) et dans la 9e (1919, p. 18, n. 1), la qualité d'organes : non seulement à tous les fonctionnaires, mais à « TOUS les AGENTS des administrations publiques, MATÉRIELLEMENT en fonction, quand ils agissent dans la ligne des limites psychologiques de la fonction. » De même M. Jean Appleton dans sa note au D. P. 1932.I.17, col. 1, al. n° 2. M. Jèze se refuse, d'ailleurs très justement à notre avis. à admettre *la moindre différenciation* aussi bien entre les agents (*Les principes généraux du Dr. adm.*, 1914, p. 389 et 3e éd., t. II, 1930, p. 206, 215, 234, et s.) qu'entre les services (3e éd., t. III, 1926, *Le fonctionnement des services publics*, p. 9). Léon Michoud préconise — et précise — une discrimination entre les fonctionnaires eux-mêmes, une discrimination entre *organes* et *préposés* (*La théorie de la pers. morale*, 3e éd., 2e partie, 1932, n° 189, p. 46 et s.). Enfin, M. Carré de Malberg (*L'Etat*, t. II, 1922, n° 404, p. 395) n'accorde la qualité d'organe à AUCUN FONCTIONNAIRE... La conclusion nous paraît se dégager d'elle-même : c'est le *parasitisme* de cette « théorie de l'organe », *du moins en notre matière de responsabilité*, quel que soit son mérite sous le rapport de la vie constitutionnelle, institutionnelle, *interne*, de la personne morale. Réserve faite des assemblées générales, des plébiscites, la personne morale, qui ne peut *agir* que par ses... *agents*, par les personnes A SON SERVICE, par ses SERVITEURS, qu'on les appelle « organes » ou « préposés », NE PEUT COMMETTRE DE FAUTE. Quand, par une PERNICIEUSE ELLIPSE, on nous parle de la FAUTE D'UNE PERSONNE MORALE, il faut traduire, il faut comprendre : FAUTE A LA CHARGE DE CETTE PERSONNE MORALE. C'est, en réalité, la faute d'un ou plusieurs de ses AGENTS qu'on lui attribue PAR FICTION précisément en vertu de ce « fétichisme de la faute », nous le répétons, qui, n'admettant pas de responsabilité sans faute, veut que la faute *d'un agent* de la personne morale, qui n'est qu'une faute A LA CHARGE DE celle-ci, soit une faute DE celle-ci. Selon la formule très nette de l'auteur d'une excellente thèse : « LA RESPONSABILITÉ DE LA PERSONNE MORALE EST UNE RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI. » (Victor Renaud, *Resp. contract. du fait d'autrui*, Paris, 1923, p. 83). RÉALITÉ, conclurons-nous, LA PERSONNE MORALE, MAIS FICTION SA FAUTE.

Ce sont ces considérations que nous avons appliquées à l'Etat, en rendant hommage au Conseil d'Etat de la correction avec laquelle il s'est interdit de parler de « faute DE l'Etat », expression employée dans la note Hauriou sur l'affaire *Tomaso Greco* et justement critiquée, avons-nous vu, par Léon Duguit (v. *supra*, p. 16, n. 19). Ainsi se trouve éliminée la « *faute de l'Etat* » et même la « faute du service public » aussi bien comme « *faute de l'organe* » que (*supra*, p. 19, n. 25) comme « *faute objective* ». Par définition, *par essence*, nous le répétons (cf. *supra*, *ibid.*), IL N'EST DE FAUTE QUE SUBJECTIVE et, touchant l'Etat, comme toute personne morale — IL N'EST DE FAUTE QUE DE SES AGENTS — pris *individuellement* et à rai-

ger, le « risque », de la nocivité du serviteur. *Accroissement du potentiel d'utilité* (128) *pour soi, voilà l'avers ; accroissement du potentiel de nocivité pour autrui, voilà l'envers.* La « Sagesse des Nations » qui nous apprend que L'UNION FAIT LA FORCE, ajoute que FORCE — comme noblesse — OBLIGE. Un « prolongement » de la personne par une augmentation d'ÊTRE (emploi d'une personne) ou D'AVOIR (emploi d'une chose), lui confère un ACCROISSEMENT DE POUVOIR d'utilité POUR SOI et de nocivité CONTRE AUTRUI, appelant, de toute raison et de toute justice, comme CONTRE-PARTIE NATURELLE, le DEVOIR de réparer toute DIMINUTION D'ÊTRE OU D'AVOIR, injuste, d'autrui c'est-à-dire tout PRÉJUDICE, soit causé, *soit simplement conditionné* (129) par cet ACCROISSEMENT DE POUVOIR à la fois *utile* et *nocif*

« Tout homme, concède M. le professeur R. Savatier (130), devient aujourd'hui responsable, non seulement de sa faute, mais encore DE TOUTES LES FORCES TRAVAILLANT A SON SERVICE », ce que, nous référant à notre « tentative de conciliation » entre défenseurs et adversaires de la « responsabilité sans faute », nous demandons la permission de traduire : tout homme devient aujourd'hui NON SEULEMENT RESPONSABLE DE SA FAUTE, MAIS GARANT DE TOUTES LES FORCES TRAVAILLANT A SON SERVICE (131). Et nous poursuivons : LE son — *prot ut pars* — de leur concours à la production du fait incriminé (cf. *supra*, p. 21). Et alors même — nous y insistons — *que l'on s'en tiendrait à une « faute objective » du « service public »*, il demeurerait que, L'ADMINISTRATION N'ÉTANT PAS L'ETAT (cf. *infra*, p. 278), et le *service public administratif* en cause n'étant lui-même *qu'un élément de l'administration*, cette *faute du service public* ne serait, en aucune manière, une faute DE l'Etat, mais seulement A LA CHARGE DE l'Etat, et que, finalement, même dans cette opinion, il ne saurait être question de responsabilité de l'Etat pour faute DE L'ETAT. Ainsi — et c'est à quoi nous en voulons venir — alors même qu'il ne s'agit pas de la responsabilité de l'Etat dite (et mal dite : cf. *supra*, p. 25, n. 41, 3°) « pour risque », et qui est, en réalité, une GARANTIE assumée par l'Etat en contre-partie du « droit discrétionnaire lui appartenant de disposer des droits et intérêts particuliers ou de leur porter atteinte à la seule condition de les indemniser » (Pierre DARESTE, *Les voies de recours*, 1914, p. 510) — ALORS MÊME QUE L'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT EST SUBORDONNÉE A LA PRÉSENCE D'UNE FAUTE — laquelle ne saurait être qu'une faute D'AGENT ou une résultante de fautes composantes D'AGENTS — LA PRÉTENDUE « RESPONSABILITÉ DE L'ETAT » N'EST JAMAIS, comme celle de toute personne morale, QU'UNE GARANTIE.

(128) Ce n'est pas « *l'autorité* » (L. JOSSERAND, Note au D. P. 1934.I.8, col. 2, ligne 17) qui importe : c'est « *l'utilité* » articulée avec l'autorité (*supra*, p. 44, n. 97).

(129) *Dans une mesure*, toutefois, *jugée suffisante par le juge* (v. *infra*, p. 63, n. 153). Sur la différence entre la « cause » (*quo posito, id ponitur*), et la « condition » (*quo non posito, id non ponitur*), cf. *infra*, p. 62.

(130) *De la socialisation de la resp. et des risques individuels* (Chron. D. H. 1931, p. 9, *in fine*).

(131) « Celui qui, NON CONTENT DE SA FORCE, a voulu devenir le chef d'un GROUPE DE FORCES, doit en accepter tout ce qui en est le produit. C'est la rançon

DEVOIR, A LA CHARGE — ET A LA MESURE — DU POUVOIR, EST LA SAUVEGARDE — « LA GARANTIE » — QUE LE DROIT DOIT A LA FAIBLESSE CONTRE LA FORCE. Autrement dit : LA GARANTIE est LA CHARGE DE LA PUISSANCE : QU'ELLE FASSE, QU'ELLE NUISE SANS FAUTE — MAIS QU'ELLE PAIE (132). QU'ELLE SE FASSE SERVIR, MAIS A SES RISQUES ET PÉRILS. Son statut est ce que nous appellerions une LEX MERE... CIVILIS (133) obligatoire seulement « *ad pecuniam* » alors que LA RESPONSABILITÉ pour faute apparaît comme la sanction de la défense, obligatoire en conscience « *ad culpam et pecuniam* », de nuire par une faute.

En un mot, LA GARANTIE, en ce sens de « responsabilité sans faute » *est la contre-partie, le contrepoids, de la puissance, elle est le* DEVOIR DU POUVOIR — *et singulièrement de ce double* POTENTIEL *d'utilité pour soi et de nocivité pour autrui que constitue* LE SERVICE (134). Entre le créateur de ce double potentiel et la victime de

de sa qualité de chef », écrit M. TEISSEIRE dans sa célèbre thèse : *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Aix, 1901, p. 239. Dans le même sens. ADDE : Emmanuel LÉVY, *Resp. et Contrat*, R. Crit., 1899, p. 397, n. 1 ; Léon MICHOUD, *Pers. mor.*, 3e éd., t. II, n° 267, p. 328 ; Georges RIPERT, *Jurispr. civ.*, R. Crit., 1909, p. 140 ; Louis CRÉMIEUX, *Resp. et Risque*, R. Tr. Dr. Civ., 1910, p. 543 ; BETTREMIEUX, *Essai hist. et crit. sur le fondement de la resp. civ.*, Thèse Lille, 1921, p. 113 : « EXPLOITATION DES FORCES HUMAINES OU MATÉRIELLES d'où résulte une DISPROPORTION MOMENTANÉE DE PUISSANCE ; L. JOSSERAND, Note au D. P. 1925.II.105 : « SITUATION DOMINANTE » ; Jean APPLETON, Note au D. P. 1925. III.9 : « *Dans la querelle du loup et de l'agneau, c'est le loup qui a tort en principe. S'il a raison, qu'il le prouve* » ; R. DEMOGUE, *Oblig.*, V, 1925, n° 882, p. 74 et 75, et n° 913, p. 109.

(132) On reconnaît ici une des belles formules venues sous la plume du maître HAURIOU et qui lui sont restées chères : « *Qu'elle* (l'administration) *fasse, mais qu'elle paie* ». (L'ayant relevée dans la 5e éd., 1903, du *Précis de Dr. adm.*, p. 239, nous la retrouvons dans toutes les éditions suivantes jusqu'à la 11e, 1927, p. 39. Ajoutons qu'elle a été également adoptée — et heureusement rectifiée — par Léon MICHOUD, *Pers. mor.*, II, n° 293, p. 286 : « Que L'ETAT fasse, mais qu'il paie »). Il est intéressant d'en rapprocher cette observation de M. René DEMOGUE, *Oblig.*, IV, n° 501, p. 177 : « *Les conflits entre les intérêts ne se résolvent pas toujours en disant : tels actes sont permis, tels autres ne le sont pas.* Il y a de véritables cas d'EXPROPRIATION D'INTÉRÊT PRIVÉ (...et il y a aussi, de ce fait, entre Droit privé et Droit public, ajouterons-nous, un « *pan de mur* » qui s'écroule). Dans certains cas, une personne fait un acte LICITE, mais en doit INDEMNITÉ. C'est le cas de l'industriel qui ouvre une usine avec les précautions voulues et qui, cependant, nuit à ses voisins... On répond d'un acte licite contre lequel il n'y a pas de légitime défense, *parce qu'il est soutenu par un intérêt social dont il est l'expression* »... Quelle différence essentielle pourrait-on découvrir entre cette « expropriation d'intérêt privé » et l'expropriation d'intérêt public que constituent non seulement les « expropriations » immobilières proprement dites, mais toutes les « nuisances » de l'usine... administrative « soutenues par l'intérêt social» ?

(133) Nous osons ici, on le voit, un « à peu près » de la théorie des « *leges mere pœnales* » traitée avec sa haute autorité par M. Georges RENARD, dans son article magistral des Mélanges HAURIOU, p. 625 à 708. — ADDE : TANQUEREY, *Theologia moralis*, 7e éd., II, p. 197, III, *De obligatione legis pœnalis*.

(134) « Le représenté, observe M. René DEMOGUE, doit avoir les risques de la

sa réalisation. elle est, selon la saisissante expression de Saleilles (*Cour Supérieure du Canada*, R. Tr. Dr. Civ., p. 58) : « LA BALANCE A FAIRE. »

S'il s'agit maintenant, spécialement, du maître du service public : l'Etat, quelle modification appellent ces propositions ? Aucune — si ce n'est un renforcement, *un double renforcement.* Double, parce que la puissance de ce maître de service *spécial* est une puissance présentant, au regard de notre matière : non pas « responsabilité », — mais GARANTIE — de l'ETAT, deux caractères *spéciaux*, et tels que chacun ne peut constituer qu'un A FORTIORI des considérations ci-dessus développées : l'Etat est une puissance titulaire de la SOUVERAINETÉ nationale et garante de la PAIX sociale par la SÉCURITÉ : « LA VERTU DE L'ETAT EST LA SÉCURITÉ » (135).

Autant, d'une part, il est possible — et l'Ecole « objective » n'y a pas manqué — de soutenir que « *les deux notions de responsabilité et de souveraineté sont antinomiques* » (136), et cela en raison de cette teinte de *blâme* qui s'attache au terme « *responsabilité* » comme au mot « *faute* » qui en est indissociable (137) : pas plus que « le roi ne peut mal faire » (138), la souveraineté ne se conçoit blâmée, ni « responsable » — autant la souveraineté, même réduite à une puissance de fait » (139), et pourvu seulement qu'elle se distingue de l'autocratie, est aussi naturellement compatible avec LA

représentation. CELLE-CI AUGMENTE SA PUISSANCE D'ACTION, elle peut même lui donner une possibilité d'agir *qu'il n'aurait pas sans cela*, s'il est (*comme toute personne morale*, préciserons-nous *y compris l'Etat*) incapable d'exercice. LA PUISSANCE D'ACTION AUGMENTE LES SURFACES DE FROTTEMENT D'UNE ACTIVITÉ AVEC LES AUTRES (*Oblig.*, III, n° 337, p. 536)... « *Toute personne* DIRIGEANT UN ORGANISME SOCIAL (nous retrouvons notre « service » de la p. 43, n. 91) QUI AUGMENTE SA PUISSANCE... doit répondre des actes délictueux de ses subordonnés... Il suffira donc qu'il y ait un *subordonné* (ajoutons : *au compte* du défendeur) pour que l'on puisse parler de *préposé :* PEU IMPORTE COMMENT IL A ÉTÉ CHOISI (*Oblig.*, V, n° 882, p. 74, 75) ». On voit, par ailleurs, que l'explication par nous proposée au texte pour le fondement de la garantie délictuelle incombant au maître du service déborde sensiblement la formule, d'ailleurs excellente, de BERTRAND DE GREUILLE : « N'est-ce pas le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer ? » (*Rapport au Tribunat*, LOCRÉ, t. XIII, p. 41 et s.). Mais nous y relevons le terme : SERVICE au sens où nous-même le prenons ici.

(135) SPINOZA, cit. dans la conférence André MAUROIS : *Les besoins de l'Etat moderne* » (Journaux, 17 janv. 1934)

(136) Léon DUGUIT, *Traité*, III, p. 460, et aussi Paul DUEZ, *R. P. P.*, Introd., p. XV.

(137) Ainsi se dévoile la raison de notre insistance sur ce point, cf. *supra*, p. 22.

(138) On reconnaît l'adage constitutionnel anglais : « *The king can do no wrong* ».

(139) Léon DUGUIT, *op. cit.*, p. 73.

GARANTIE, sa *contre-partie*, qu'un poids avec le contrepoids qui l'équilibre.

Quant à la PAIX SOCIALE, dont l'Etat, PUISSANCE DE PAIX (140), est garant, la première condition de sa GARANTIE est, précisément, que l'Etat, *son garant par essence*, que l'Etat, maître du service public, *ne laisse pas sans réparation* — sous des conditions raisonnables — les préjudices causés par SES PROPRES AGENTS, les agents au service public. S'il est vrai, selon une très belle formule « qu'une société civilisée est celle qui ne laisse aucune force sans action, aucun droit sans recours » (141), ne convient-il pas d'ajouter : A FORTIORI CONTRE ELLE-MÊME ? Et n'est-ce pas encore *a fortiori* que s'impose l'adage évoqué par Maurice Hauriou : « TU PATERE LEGEM QUAM IPSE FECISTI » ? (Cf. *infra*, p. 266 et n. 97).

Et alors, enfin, que, sous l'impérieuse exigence de la PAIX SOCIALE, l'Etat en est arrivé à se charger de la réparation des catastrophes, des « calamités », des « dommages de guerre », que non seulement ses agents n'ont pas causés, mais qu'ils n'ont pu empêcher ; alors qu'il assume, en partie du moins, la charge des « assurances sociales » contre la vieillesse et la maladie... (142), qu'on ne saurait apparemment lui imputer, comment la même PAIX SOCIALE n'exigerait-elle pas A FORTIORI, de l'Etat, la réparation « l'assurance sociale » des « DOMMAGES DE PAIX » causés *par la propre activité de ses propres agents ?*

La présente Introduction n'étant qu'un exposé des principes auxquels doivent se référer les développements du corps même de notre étude, nous nous bornerons ici, pour le fondement de l'obligation de réparation civile : *garantie* incombant à l'Etat en matière *délictuelle* à ces premières indications, que nous nous proposons d'exploiter dans la suite de nos développements.

(140) Sans prendre parti entre la doctrine de l'Etat « *puissance juridique* » et celle de l'Etat « *puissance de fait* » (cf. l'article de critique philosophique de M. Louis LAVELLE, *Les sources du droit*, *dans* « *Le Temps* » du 29 octobre 1933, *in fine*), nous croyons pouvoir poser du moins le principe de l'Etat « *puissance de paix* ».

(141) Georges PICOT, *Les garanties de nos libertés*, R. des Deux-Mondes, 25 juill. 1903, cité dans R. Pénit., 1903, p. 1269.

(142) « Assurer à tous la sécurité du lendemain est devenu une obligation des sociétés civilisées », déclarait Paul DOUMER, dans son discours au Sénat, du 18 janvier 1927. Et cette obligation n'existerait pas A FORTIORI lorsque c'est *par le fait même des agents sociaux* que cette société est menacée ?

ARTICLE 2. — CONDITIONS DU JEU DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION DÉLICTUELLE DU MAITRE DU SERVICE : PRIVÉ OU PUBLIC

Bien que, pour l'examen des conditions du jeu de l'obligation de réparation délictuelle du maître, il n'y ait pas plus matière à distinction que, comme nous nous sommes efforcé de l'établir, pour la détermination de la nature et du fondement de cette obligation, nous adopterons néanmoins ici cette distinction pour la seule commodité de l'exposition.

N° 1. — Service privé

Dans le service privé, le jeu de l'obligation de réparation délictuelle du maître est subordonné à deux conditions, et plus précisément à deux conditions de *relation*, savoir :

1° Une certaine relation *entre lui et la personne* à raison de l'activité nocive de laquelle il est recherché, et qui est ici *le serviteur* ;

2° Une certaine relation entre cette activité — ou ce qui revient au même — *entre le préjudice* qui en est la conséquence — *et le service*.

Et ces deux conditions *nécessaires* sont *suffisantes* (143) — en principe du moins et sous la réserve de ce qui sera dit à l'Article 3 ci-après.

I. — En ce qui concerne *la première relation*, elle doit être, aux termes de l'art. 1384-3°, « domesticité » ou « préposition ». Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine ont défini cette

(143) A la vérité, la majorité de la doctrine, d'accord avec la jurisprudence, pose, à l'obligation de garantie du maître, une *troisième* condition : *la faute* du serviteur, du « *préposé* », comme on dit : « Sur ce point, déclarent MM. H. et L. Mazeaud, aucune discussion ne s'élève » (*R. C.*, I, n° 916, p. 642). Nous nous permettons respectueusement de signaler aux savants auteurs que cette opinion a été au contraire « discutée », et par des autorités telles que : Laurent, XX, p. 529 ; Aubry et Rau, VI, 412 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, IV, n° 2930 ; p. 645. *Adde :* L. Mondet, *Le recours des personnes civilement responsables du fait d'autrui*, Bordeaux, 1897, p. 10. Et puis, MM. H. et L. Mazeaud n'admettent-ils pas (*ibid.*, n° 918), avec M. Demogue (*Oblig.*, V, n° 936) que « le commettant est tenu des *présomptions de faute* du préposé » ? Or, nous savons ce qu'est la prétendue « présomption de faute » de l'art. 1384 : une belle fiction (v. *supra*, p. 16). *Qu'institue*, d'ailleurs, *l'art.* 1384 ? Une responsabilité POUR autrui ou DU FAIT d'autrui ? Enfin, si, comme nous l'avons indiqué (p. 56 et s.), le fondement de la garantie du maître réside dans *son accroissement de puissance par le service*, peu importe la nature, *fautive ou non*, du fait du serviteur, générateur du préjudice. *Adde*, dans ce sens : André Kaftal, *La réparation des dommages causés aux voyageurs dans les transports aériens*, R. Tr. Dr. Civ., 1929, n° 4, tir. sp., p. 40.

relation par les deux éléments sacramentels (144) : « *le choix* » et « *la subordination* ». C'était *trop et trop peu*. Le « *choix* » était *de trop* (145) et un élément essentiel *manquait* : « *l'utilité* » du commettant, c'est-à-dire l'appropriation, par le commettant, du produit de l'activité, non seulement *obéissante* mais aussi *utile* du préposé (146). C'est cette utilité, *cette destination dominicale du produit de l'œuvre servile*, qui distingue le *maître* du service du simple *chef* de service (147).

Au risque de commettre un jeu de mots — qui l'est peut-être moins qu'il ne semble — nous dirons que la « préposition » juridique de l'art. 1384-3° est constituée par la combinaison de deux « prépositions » *grammaticales :* la préposition « sous » et la préposition « POUR », étant entendu que la « préposition » POUR embrasse elle-même les deux « locutions prépositives » : POUR LE COMPTE DE et AU NOM DE... Et l'on reconnaît notre définition du SERVICE (cf. *supra*, p. 45 et s.) ; on reconnaît son *fundamentum relationis* selon Stuart-Mill (*supra*, n. 97 de la p. 45 *in fine*). L'espèce d'activité utile et obéissante, mise par le serviteur au service du maître, est parfaitement indifférente (148) et le mode de génération du lien de service ne l'est pas moins, puisque la jurisprudence a reconnu la « préposition » entre père et fils, entre parents, amis, époux (149) jusqu'à voir un époux préposé de l'épouse (150).

II. — En ce qui concerne la relation *entre le préjudice et le service*, nous présenterons les observations suivantes. Cette relation consiste en une *circonstance de service* (151) jugée par le juge cons-

(144) Cf. : H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 877, p. 620.

(145) Cf. : R. DEMOGUE, *Oblig.*, V, p. 74 et s., et *supra*, p. 58, n. 134.

(146) H. et L. MAZEAUD reconnaissent (*loc. cit.*, n° 880) que la condition : *choix* « tend à disparaître », mais ne dégagent pas la condition « utilité » cependant essentielle.

(147) On sert SOUS un chef, on sert UN maître, c'est-à-dire : SOUS ET POUR UN maître. Nous avons suffisamment insisté (cf. *supra*, p. 44, n. 97) sur ce point pour n'y point revenir. On nous permettra cependant de citer encore un jugement du tribunal de Beauvais du 21 novembre 1929, qui a reconnu l'absurdité de déclarer un curé « préposé » d'un évêque, mais qui s'est en même temps reconnu incapable *de motiver* sa négation. L'annotateur du SIREY (1930.II.94) voulant, lui, motiver et ne pouvant nier le choix, A OSÉ NIER LA SUBORDINATION du curé à l'évêque. Et cela parce que cet arrêtiste n'a pas vu que ce qui empêche le curé d'être le serviteur de l'évêque c'est qu'il n'exerce pas sa fonction POUR l'évêque, mais POUR DIEU. Le curé est le *subordonné* de l'évêque et le *serviteur* de Dieu.

(148) Cf. L. JOSSERAND, *Cours*, II, 1920, n° 508, p. 246.

(149) Cf. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 886, p. 624 et 625.

(150) Req., 16 déc. 1929, *D. H.*, 1930, p. 83.

(151) *Circonstance empruntée, par le fait préjudiciable, au service :* cf. *infra*, p. 62, n. 152 l'extrait cité du jugement du tribunal de St-Etienne, du 31 janvier 1923, p. 62, n. 152.

titutive du « fait *dans les fonctions* » (nous dirons : « *dans le service* ») aux termes de l'art. 1384-3° du Code Civil. Que faut-il entendre par là ? La réponse rationnelle, c'est-à-dire *déduite de la référence au fondement de l'obligation du maître* (*supra*, p. 55 et *seq.*), est que : le « fait dans le service » aux termes de l'art. 1384-3°, sera *celui à l'accomplissement duquel cet accroissement différentiel de puissance du maître, que constitue le service, aura concouru : soit par son fonctionnement, soit, même,* PAR SA SIMPLE EXISTENCE — celui dont le fonctionnement, ou même la simple existence du service aura posé une CAUSE ou, au moins, une CONDITION.

Dans le premier cas, le fait a été POSÉ PAR le service : *quo posito, id ponitur*. Dans le second cas, le fait n'aurait PAS pu être POSÉ SANS le service : *quo non posito, id non ponitur* (152).

Dans le premier cas, le fait est COMPRIS dans le service, et la préposition « *dans* » marque l'attache JURIDIQUE — donc « *non détachable* » — à l'égard du service.

(152) « *Inferens, quo posito aliquid ponitur; suspendens, quo non posito aliquid non ponitur* (*dicitur et conditio*) LEIBNIZ, *Inédits*, éd. Couturat, 471, cité dans LALANDE, *Voc., de la Phil.*, t. I, 1928, v° *Cause*, p. 101). En ce qui concerne particulièrement *la condition* ainsi définie, sa pure traduction jurisprudentielle nous est fournie par des arrêts tels que : Paris, 3 août 1897, D. P. 1898.II.32, constatant qu'un acte du préposé n'aurait PAS pu être commis SI les fonctions n'avaient PAS existé, et Cass. Crim., 23 mars 1907, D. P., 1908.I.351, observant que l'acte est accompli « dans les fonctions » lorsqu'il n'a pu l'être QUE PARCE QUE les fonctions EXISTENT. De même, et mieux encore, dans le jugement suivant du tribunal de St-Etienne du 31 janvier 1923, D. P., 1923.II.158 : « Attendu que la responsabilité du commettant *n'a de raison d'être* et ne prend naissance qu'autant que le préposé A TROUVÉ, DANS SES FONCTIONS MÊMES, UN DES ÉLÉMENTS DE L'ACTE DOMMAGEABLE (Voilà notre définition textuelle de la « *circonstance de service* », *supra*, p. 61, n. 151). Dans le même sens, M. G. RIPERT, R. Crit., 1909, p. 140 : « L'acte n'a été possible QUE GRACE à la fonction... QUE PARCE QUE le préposé exerçait les fonctions. » De même M. Paul ESMEIN, R. Crit., 1923-24, p. 201 : « Acte RENDU POSSIBLE au préposé par sa situation de préposé. » — PAS SI PAS — QUE PARCE QUE — QUE GRACE A — RENDU POSSIBLE PAR — ÉLÉMENT FOURNI PAR — *autant d'expressions synonymes de* la « CONDITION »... dont personne ne prononce le nom. Et que sera-ce lorsque nous passerons *au Droit public*, avec les conclusions BLUM de l'arrêt *Lemonnier*, Cons. d'Et., 26 juillet 1918 : « Ces fautes, c'est le service qui A PROCURÉ LES MOYENS de les commettre » ! Ou, avec la note de M. Jean DEVAUX sous Colmar, 13 oct. et 17 nov. 1924, D. P. 1925.II.59 : « Ainsi, l'Etat avancerait la somme mise à la charge du fonctionnaire fautif parce que le service, dans une certaine mesure, A RENDU POSSIBLE OU FACILITÉ l'acte dommageable. » A la vérité, le terme « *condition* », dans un sens très large, proposé par STUART MILL (*Logique*, trad. Louis PEISSE, t. I, 1866, p. 369 et s.) et adopté par M. LALANDE (*op. cit.*, t. I, v° *Cause*, p. 102, note *in fine;* t. I, v° *Condition*, p. 123, Critique ; t. II, v° *Occasion*, p. 538, Critique) comme par M. R. DEMOGUE (*Oblig.*, IV, n° 367, p. 3) comprend — ou plutôt confond : *la cause*, *la condition* et *l'occasion*, mais on nous permettra de nous en tenir à la doctrine de la philosophie traditionnelle et de nous référer, sur ce point, aux belles pages de la *Métaph. gén.* du Card.

Dans le second cas, le fait est simplement COMMIS dans le service, auquel cas « *dans le service* » ne signifie plus que : « DANS LE COURS — OU : EN VUE — OU : A PROPOS — OU : AU MOYEN — OU : A L'OCCASION — en un mot : GRACE A LA CONDITION (cf. *supra*, p. 62, n. 152) — de l'exécution du service, et la préposition « *dans* » ne marque plus qu'une simple attache MATÉRIELLE — donc « *détachable* » — à l'égard du service (153).

N° 2. — Service public

Comme nous l'avons annoncé il y a un instant, et nous référant à nos conclusions touchant la nature et le fondement de l'obligation de « garantie » de l'Etat envers les tiers victimes de faits de ses agents, il nous est difficile d'apercevoir, entre les régimes de réparation délictuelle des deux maîtres : *privé* et *public*, la moindre différence rationnelle.

Il convient d'ajouter immédiatement que cette identité rationnelle des deux régimes de réparation délictuelle dans le service privé et dans le service public n'est nullement réalisée par le système — de source purement jurisprudentielle — en vigueur. On sait, en effet, que la « garantie » de l'Etat — dont la connaissance relève, de par l'arrêt *Blanco*, de la jurisprudence administrative — n'est admise par celle-ci qu'à l'égard du « *fait de service* » de l'agent et que c'est seulement depuis quelques années qu'avec bien des répugnances, des tâtonnements et des restrictions, elle commence à apparaître également pour « *le fait personnel* » en vertu d'une

MERCIER (*Cours de philos.*, vol. II, n^os^ 220 et 221, p. 419 et 420), où sont admirablement différenciées : la *cause*, la *condition* et l'*occasion*.

(153) Il va de soi qu'il ne suffira pas d'une relation de « condition » quelconque, si ténue, si lâche soit-elle, entre le fait préjudiciable et le service, pour mettre en jeu la « garantie » du maître du service. Il appartiendra au juge de décider *en fait* quand la dite relation de « condition » sera assez constante, assez appréciable, pour pouvoir être jugée *juridiquement opérante*. Autrement dit, selon une très heureuse terminologie proposée par M. le doyen JOSSERAND (Note précitée au D. P. 1934.I.9), le fait de l'agent peut être : soit « *fonctionnel* », soit « *para-fonctionnel* », soit « *extra-fonctionnel* ». Le fait « para-fonctionnel » est, pour nous, le fait « personnel » dont la fonction, dont le service aura *posé une condition* jugée opérante par le juge. Le fait « extra-fonctionnel » est le fait « personnel » sans relation aucune, ou sans relation *jugée opérante*, avec la fonction. La discrimination entre le fait « fonctionnel » et le fait « para-fonctionnel », comme entre le fait « para-fonctionnel » et le fait « extra-fonctionnel » implique, à la fois, une constatation objective et une appréciation subjective. — Notre condition « *opérante* » est la condition « *relevante* » de M. Pierre MARTEAU dans sa très savante thèse : *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, Aix, 1934, p. 136, 137 : « Antécédent dont l'absence aurait empêché l'intervention du dommage considéré dans ses caractères juridiques »... *Quo non posito, id non ponitur.*

théorie dite du « cumul » cf. *infra*, p. 373 et s.) sous la modalité de la *subrogation* ou de la *garantie* (154).

Et cette spécificité n'est pas la seule. Non seulement cette prétendue troisième condition de la faute du serviteur que nous avons catégoriquement contestée en service privé (*supra*, p. 60, n. 143) demeure exigée en service public, non pas certes *d'une manière absolue* comme elle le fut à l'origine et jusqu'à l'introduction de la théorie dite « du risque » en droit administratif, *mais en principe*, puisque, malgré ses progrès (v. *infra*, p. 88 et s.), ladite théorie du *risque* ou plus exactement de *l'obligation de garantie* de l'Etat sans faute *d'agent* est toujours prétendue « exceptionnelle » (155).

Ainsi le veut, nous le verrons (*infra*, *ibid.*), l'intérêt *particulier* de l'administration, auquel il arrive, nous le constaterons également (*infra*, p. 300 et s.) de se différencier de l'intérêt *général* — et *supérieur* — de l'Etat.

ARTICLE 3. — LIMITATIONS DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION DÉLICTUELLE DU MAITRE DU SERVICE : PRIVÉ OU PUBLIC

Ici encore, et toujours pour une simple raison de clarté, nous examinerons successivement les deux formes du « service ».

N° 1. — Service privé

La question que nous envisageons ici — on en verra dans un instant la raison quand nous traiterons du service public — est la question dite : des « clauses de suppression ou d'atténuation de responsabilité ».

La validité de telles clauses en régime de réparation délictuelle voit se dresser contre elle deux ordres d'objections. D'une part, celle de la prétendue inconcevabilité *de fait*, sous le prétexte que l'on ne pourrait, en cette conjoncture, connaître à l'avance ni les préjudices, ni les victimes (156). D'autre part, « *le principe*, formulé à

(154) Cf. A. Fliniaux, *Le cumul de la resp. de l'agent et de la resp. de la pers. morale adm.*, R. Dr. Publ., 1921, p. 360. — Yves Gestin, *même titre*, Thèse Rennes, 1928, p. 48.

(155) *Natura non facit saltus :* Le régime jurisprudentiel *de fond* de la responsabilité de l'Etat écartant cette responsabilité : et dans les cas où la faute d'agent est personnelle (donc, *en principe*, grave), et dans certains cas où n'existe aucune faute d'agent, fait ainsi un « saut » *contre nature — donc antijuridique* (v. *infra*, p. 93 et surtout p. 361).

(156) Meignié, Thèse citée, p. 85.

tout propos et hors de propos, de l'intangibilité de la responsabilité délictuelle » (157). Il nous plaît de pouvoir ici rendre hommage à MM. H. et L. Mazeaud pour leur réfutation aussi courageuse que magistrale, non seulement de l'objection de fait, qui est de peu de poids, mais aussi, et surtout, de *l'indéracinable préjugé de la jurisprudence contre la limitation contractuelle de la responsabilité délictuelle*. Le lecteur nous permettra de le renvoyer à ces belles pages, selon nous décisives (158), et dont l'autorité s'accroît de leur rencontre avec l'opinion conforme de M. le doyen Josserand (159).

A la vérité, tout en affirmant la validité des clauses de suppression ou d'atténuation de la responsabilité délictuelle, MM. H. et L. Mazeaud n'hésitent pas à reconnaître la légitimité de certaines exceptions telles que les clauses portant sur les fautes *intentionnelles* ou *lourdes* et les dommages aux *personnes* (n° 2573, p. 845), mais, avec leur profondeur pénétrante d'analyse et de logique juridiques, il ne manquent pas de faire remarquer « *qu'il faut bien se garder de confondre* faute intentionnelle ou lourde *du commettant* et faute intentionnelle ou lourde *du préposé* (n° 2527, p. 799). Nous ajouterons même que cette dernière n'implique, en aucune manière, *la moindre faute* du commettant. Nous concluons donc avec eux (n° 2574, p. 845), qu'on peut parfaitement « stipuler son irresponsabilité (nous disons : sa non-garantie) délictuelle pour les fautes intentionnelles ou lourdes de ses préposés (160) » — *a fortiori* en l'absence de faute.

N° 2. — Service public

Si le report du régime de la réparation dans le service public sur le régime de la réparation dans le service privé se justifie comme nous nous efforçons de le montrer, c'est bien particulièrement en

(157) A. Brun, Thèse citée, n° 39, p. 51.

(158) H. et L. Mazeaud, *R. C.*, II, Chap. IX, *Les conventions de responsabilité*, n^{os} 2567 et s., p. 836 et s. ; n^{os} 2599 et s., p. 866 et s.

(159) *Cours*, II, n° 474, p. 229.

(160) Nous avons précédemment observé (*supra*, p. 54) qu'ainsi MM. H. et L. Mazeaud réfutent eux-mêmes leur théorie dite : de l'assimilation de la faute du préposé à celle du commettant. Serait-ce donc la raison pour laquelle on a pu voir, dans une Chronique du D. H. 1933, p. 49 : (« *L'assimilation de la faute lourde au dol* »), M. Léon Mazeaud, abandonnant cette position rationnelle (du *Traité de la R. C.*, II, p. 799) et revenant à cette théorie « du prolongement » « des mains » du commettant (*R. C.*, I, p. 654 et 674) ci-dessus discutée (p. 53 et 54), déclarer que : « la faute intentionnelle (comme la faute lourde) du préposé est faute intentionnelle (ou lourde) du commettant » excluant dès lors la possibilité d'exonération. Nous nous en tiendrons à la distinction si heureusement posée par les savants auteurs entre la faute du préposé, *quelle qu'elle soit*, et la faute du commettant (*loc. cit.*, *R. C.*, II, n° 2527, p. 799).

cette matière des limitations. De même que nous avons déjà remplacé ailleurs (*supra*, p. 33) « *contractuelle* » par « *obligationnelle* », de même nous remplaçons ici « *clauses* » ou « *conventions* » par « *statuts* »... par « *règles spéciales* » de suppression — ou d'atténuation — de la garantie délictuelle incombant à l'Etat pour les préjudices causés par les faits de ses serviteurs dans le service et nous aurons la traduction civiliste de cette énonciation liturgique de l'arrêt *Blanco*, après son modèle : l'arrêt *Rothschild*, que : « *la responsabilité de l'Etat n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service...* » (v. *infra*, p. 222 et s.).

Que ces « règles spéciales » que ces principes, dont le savant ouvrage de M. Paul Duez constitue l'illustration concrète (161), ne procèdent pas de « conventions », de « clauses contractuelles », mais d'une source unilatérale d'autorité, qu'elles émanent d'une jurisprudence éclectique, voire prétorienne, et aux « contours adoucis » (162), « extrêmement souple » (163), « édifiée avec beaucoup de soin » (164), et sous la préoccupation des nécessités publiques, peu importe : cette différence — indifférente — de source ne modifie en rien le caractère de ces limitations « nuancées », *pas plus qu'elle ne justifie, à l'égard de la responsabilité de l'Etat qu'elles affectent, la différence de compétence prétendue par la thèse de l'arrêt* Blanco.

Ainsi se trouve rempli, en ce qui concerne le régime délictuel, l'objet de la présente Introduction : fournir une base à notre examen ultérieur de l'arrêt *Blanco* et de la thèse de la compétence administrative (165).

§ II. — Régime de réparation civile obligationnelle

Nous abordons maintenant le cas où le préjudice causé à *Tertius* (166) par le serviteur (167) *Secundus* du maître (167) *Primus*

(161) Comme le « résumé » de M. J. Appleton (*Traité*, n° 242, p. 452) en constitue l'énumération — assez peu concordante d'ailleurs — alors que, dans sa note magistrale sous Cons. d'Et., 1er juillet 1927, *Demoreuil*, au D. P. 1928.III.21, M. Louis Trotabas juge ces systèmes « quelque peu arbitraires », jugement auquel nous adhérons.

(162) L. Trotabas, Note précitée au D. P. 1928.III.21.

(163) P. Duez, *R. P. P.*, Introd., p. XI.

(164) J. Appleton, *Traité*, n° 218, p. 401.

(165) Cf. *infra*, Titre III.

(166) Il ne faut pas manquer d'observer que, si « *Tertius* » peut encore être employé ici au sens de « *troisième* » il ne saurait plus l'être au sens d' « *étranger*

procède du défaut d'exécution, par *Secundus*, d'une obligation incombant à *Primus* ou de l'excès d'exercice, par *Secundus*, d'un pouvoir appartenant à *Primus*, à l'égard du demandeur *Tertius*. C'est le cas où le préjudice est *fonction d'une situation de relation juridique* — d'un « *champ juridique* » — préexistant entre le demandeur en responsabilité *Tertius* et le défendeur *Primus* : préjudice et responsabilité « obligationnels » (168).

En législation française, la responsabilité *obligationnelle* (non *contractuelle*) *pour le fait d'autrui* est prévue, pour le tuteur, par l'article 454, alinéa 2, du Code civil. La responsabilité (*obligationnelle*) *contractuelle pour le fait d'autrui* est prévue par les articles 1735 (locataire), 1953 (hôtelier), 1994 (mandataire) et tout particulièrement à raison du « fait des personnes employées » par l'entrepreneur, par l'article 1797 du Code civil (169).

En législation étrangère, *la responsabilité contractuelle du fait d'autrui* à l'égard de la partie contractante a été expressément organisée par l'article 278 du Code civil allemand et l'article 111 du Code civil fédéral suisse des obligations.

Pour ce qui est de la doctrine française, la question de la responsabilité contractuelle pour le fait d'autrui a fait l'objet d'un certain nombre d'études autorisées (170).

Quant à la responsabilité de « pouvoir », elle n'a jamais, à notre connaissance, été distinguée de la responsabilité délictuelle, *si ce*

juridique » — puisque *Tertius* est le créancier de l'obligation dont le défaut d'exécution constitue le préjudice ici envisagé.

(167) C'est-à-dire — nous le rappelons — par l'agent *Secundus* AU SERVICE du maître DU SERVICE *Primus*.

(168) C'est-à-dire — nous le rappelons (v. *supra*, p. 40 et s.) — préjudice et responsabilité « de relation » : soit d'obligation, soit de pouvoir — préjudice et responsabilité pour lesquels nous avons justifié l'emploi de l'adjectif unique « obligationnel ».

(169) *Nous n'oserions*, *cependant*, *affirmer* que, pour le législateur comme pour la jurisprudence et pour la doctrine, l'art. 1797 ait été compris autrement que comme UNE REDITE DE L'ART. 1384-3°, ni que la distinction ait été saisie entre la nature et le régime de la responsabilité du fait des « employés » de l'entrepreneur à l'égard des personnes ÉTRANGÈRES à l'entreprise ou des personnes CLIENTES de l'entreprise... entre le préjudice à « TIERS » et le préjudice à « USAGER » (v. *supra*, n. 115 de la p. 51 *in fine*).

(170) Entre autres les suivantes : R. SALEILLES, *Commentaire sur l'art.* 278 *du C. civ. all.*, trad. offic., Imprim. Nat., t. I, p. 398 à 400 ; Emile BECQUÉ, *De la resp. du fait d'autrui en mat. contr.*, dans R. Tr. Dr. Civ., 1914, p. 250 à 320, avec toute la bibliographie ancienne et étrangère à laquelle se réfère cette étude ; Victor RENAUD, *De la resp. du fait d'autrui en mat. contract.*, Thèse Paris, 1923. Il convient, naturellement, de ne pas omettre les *Traités généraux :* P. R. E., t. I, p. 527 et s., p. 365 et s. ; H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, p. 675 et s. ; R. DEMOGUE, *Oblig.*, VI, p. 628 et s. ; H. LALOU, *R. C.*, nos 523, 524, p. 268 et s.

n'est en ce qui concerne la mise hors de cause de l'agent du titulaire du pouvoir par le remarquable arrêt précité (*supra*, n. 82 de la p. 39) de la Cour de Pau du 28 décembre 1891 (S. 1892.II.297) (171).

Sans revenir sur le système des différences générales admises, avons-nous vu, sauf controverse, entre le régime de la réparation obligationnelle et le régime de la réparation délictuelle, pour *le fait propre* du débiteur et applicables au régime de la réparation pour *le fait d'autrui* (172), nous nous trouverons ici amené, comme en régime délictuel, à examiner : la nature et le fondement — puis les conditions — et enfin les limitations — de la responsabilité obligationnelle du maître du service.

ARTICLE 1. — NATURE ET FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ OBLIGATIONNELLE DU MAITRE DU SERVICE : PRIVÉ OU PUBLIC

S'agissant, d'abord, du *fait propre* du *débiteur de l'obligation* ou du *titulaire du pouvoir*, il convient, croyons-nous, de distinguer les deux hypothèses.

Pour le *défaut d'exécution de l'obligation*, le fondement de la responsabilité en procédant est « inclus » dans l'existence même de l'obligation, parce que « l'impérieuse nécessité juridique de l'exécution ponctuelle des obligations » (172 *bis*), quelle qu'en soit la source, est une condition essentielle de l'ordre juridique, condition lui-même de la paix sociale... « *alioquin contrahentes deciperentur* », selon la formule romaine (L. V. § 5) — « *alioquin* CREDITORES *deciperentur* » transposerons-nous, en faisant abstraction de la source de l'obligation. C'EST EN SOI — *per se* — ET NON EN TANT QUE FAUTE, QUE LE DÉFAUT D'EXÉCUTION APPELLE IMPÉRIEUSEMENT SA RÉPARATION (173). Donc l'obligation de réparation du défaut d'exécution

(171) L'arrêt du Trib. des Confl., *Pelletier*, du 30 juill. 1873 (D. P. 1874.III.5) avait posé la mise hors de cause d'un préfet, d'un général et d'un... commissaire assignés en responsabilité pour excès de pouvoir. L'arrêt de la Cour de Pau a posé la mise hors de cause des « commissaires » d'une société de courses, assignés en responsabilité pour excès de pouvoir... *Nous cherchons ici, sans le trouver, le fossé — l'abîme — qui séparerait le Droit public du Droit privé.* Nous ne voyons, comme nous nous attacherons à le montrer plus loin (*infra*, p. 99 et s.) qu'un principe de décision judiciaire plus juridique et plus rationnel que le système du Tribunal des Conflits : escamotage du fond sous le manteau de la compétence.

(172) V. notre tableau précédent et nos explications, *supra*, p. 30 et notes.

(172 *bis*) Victor RENAUD, Thèse citée, p. 62 et 81.

(173) Certes, la preuve par le débiteur de la « force majeure » libère le débiteur. Mais, dans notre développement antérieur sur les « dénaturations » de la faute, nous avons dénoncé comme un paralogisme la confusion entre l'absence de la force majeure et la présence de la faute. Le débiteur peut, *sans faute*, se placer volontairement — donc *sans force majeure* — dans une situation susceptible

d'une obligation n'étant pas *pour faute* (174) constitue *proprement*: non pas une « *responsabilité* », mais une « garantie ».

Pour *l'excès d'exercice d'un pouvoir*, au contraire, il nous apparaît que la responsabilité procédant de la méconnaissance des limites du pouvoir ne peut procéder que d'une faute : imprudence (175) ou malice. Donc l'obligation de réparer est alors *pour faute* et constitue *proprement* une « responsabilité ».

S'agissant maintenant, de la responsabilité du *fait d'autrui* — et, plus précisément pour nous, d'un agent *au service* du débiteur — quel en sera, d'abord, le fondement ?

Pour le *défaut d'exécution de l'obligation*, la situation change-t-elle parce que ce défaut d'exécution est le fait d'un agent au service du débiteur ? D'accord avec la raison, les textes législatifs précitées (*supra*, p. 67) répondent négativement à cette question Reste à justifier cette réponse. M. Emile Becqué édifie la responsabilité du débiteur sur des considérations pragmatiques : « insolvabilité de l'auxiliaire » et « valeur éducative » à l'égard de l'employeur (176). Comme « le but », le pragmatisme fait partie des choses que nous n'aimons pas beaucoup « dans le Droit ». Nous préférons donc infiniment l'explication de M. Victor Renaud, savoir : « la GARANTIE tacite » de l'exécution (177). Malheureusement, cet auteur omet alors de nous indiquer — et c'est le point capital — *pourquoi l'interposition de l'auxiliaire n'affecte pas cette garantie*. Cette raison, à nos yeux, n'est autre que la règle : « RES INTER ALIOS ACTA... » : quelques pages plus haut, l'auteur en donne, lui-même, une excellente paraphrase (178). En résumé, le fondement est à la fois *positif :* nécessité sociale de l'exécution de l'obligation, et *négatif : res inter alios acta...* Si les deux fautes du maî-

de déterminer, toujours *sans faute* de sa part, l'inexécution de son obligation : ne serait-ce qu'en chargeant un auxiliaire de l'exécution (cf. Paul ESMEIN, *op. cit.*, R. Tr. Dr. Civ., 1933, p. 675). Certes, encore, le jeu de la responsabilité obligationnelle peut, de même — et avec moins de contestation — que la responsabilité délictuelle, être subordonné à la présence d'une faute du débiteur ou de son agent, mais il s'agit de *condition* et non de *fondement* (v. *infra*, p. 79, n. 210).

(174) Ce qui n'exclut pas la possibilité de subordonner le jeu de cette responsabilité à la *condition* d'une faute.

(175) L'imprudence — *latissimo sensu :* manquement à la vertu de prudence — comprend l'ignorance qui, en matière d'excès de pouvoir est toujours fautive : *ignorantia vincibilis*, parce que *quiconque prétend exercer un pouvoir sur autrui a pour premier devoir de n'en point ignorer les limites* (v. *supra*, p. 20 et 21).

(176) *Op. cit.*, R. Trim. Dr. Civ., 1914, p. 281, 282.

(177) Thèse citée, p. 65.

(178) « *Arrangez-vous comme il vous plaira avec vos collaborateurs mais exécutez :* JE NE LES CONNAIS PAS, *je ne connais que vous* » (*loc. cit.*, p. 62).

tre : *in elingendo et in vigilando* ont été *exclues* du fondement de l'obligation de réparation *délictuelle* du maître, *a fortiori* elles n'ont *aucune place* dans le régime de la réparation *obligationnelle*.

Dès lors, la nature de l'obligation que, dans le cas du *fait propre* du débiteur, nous avons reconnue : non pas *responsabilité*, mais *garantie*, comme *ne procédant pas d'une faute*, se révèle encore et *a fortiori* GARANTIE dans le cas du défaut d'exécution *par le fait de l'auxiliaire*.

Pour *l'excès de pouvoir*, le fondement de l'obligation de réparation pouvant incomber au maître du service sera : non plus sa faute comme dans le cas de son fait *propre*, mais, croyons-nous, comme en matière délictuelle, *l'accroissement de puissance* que le maître du service s'est constitué, *à ses risques et périls*, par *l'emploi* d'un auxiliaire, accroissement dont la nocivité *s'est précisément manifestée* en l'excès de pouvoir — de puissance — commis par cet auxiliaire (179).

Quant à sa nature, l'obligation de réparation impliquant bien la faute *de l'agent*, mais nullement la faute *du maître de service* est encore : non *responsabilité* mais GARANTIE.

Il est à peine besoin d'ajouter que toute cette analyse, dont nous venons de déduire *le fondement et la nature de l'obligation de réparation pouvant incomber au maître du service privé à raison du défaut d'exécution d'une de ses obligations ou de l'excès d'exercice d'un de ses pouvoirs par les agents à son service, s'applique non* seulement *a pari*, mais *a fortiori* au cas du *maître du service public* tant au titre de la *garantie de l'ordre juridique et de la paix sociale* qu'au titre de l'*accroissement de puissance*.

ARTICLE 2. — CONDITION DU JEU DE LA RESPONSABILITÉ OBLIGATIONNELLE DANS LE SERVICE : PRIVÉ OU PUBLIC

Pour la responsabilité procédant *du défaut d'exécution d'une obligation*, les conditions de sa mise en jeu ne sont autres que celles de l'existence du défaut d'exécution lui-même, lesquelles sont déterminées par le statut même (180) de cette exécution autrement dit : par l'objet, l'étendue, les limites mêmes, de l'obligation (181).

(179) Du point de vue du *fondement*, la responsabilité *de pouvoir* se rapproche donc de la responsabilité de *délit*.

(180) Cf. *supra*, p. 30, la citation de la thèse A. BRUN.

(181) P. R. E., *Oblig.*, II, nos 833 à 835, p. 137 et s. ; H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 105, p. 100 et s. — Dans le silence, à cet égard, du statut de l'obligation, le

Ce statut — soit contractuel, *soit légal, soit jurisprudentiel* (182) — peut notamment subordonner, *ou non*, l'existence du défaut d'exécution à la présence d'une *faute* — ou même d'un certain degré de faute : soit de la part du débiteur lui-même, soit de la part *des agents à son service*, par lui préposés à l'exécution de l'obligation.

Pour la responsabilité procédant *de l'excès de pouvoir*, les conditions de sa mise en jeu dépendront de même du statut — contractuel, légal ou jurisprudentiel — du pouvoir lui-même. L'excès de pouvoir implique, avons-nous dit, une faute de l'agent du service qui le commet, mais la mise en jeu de la responsabilité du préjudice pouvant résulter d'un excès de pouvoir pourra être subordonnée à la condition d'un *certain degré de gravité* de la faute constitutive de l'excès (183).

Ici, encore, apparaît l'indifférence du caractère : *privé* ou *public* du *service*.

ARTICLE 3. — LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ OBLIGATIONNELLE DU MAITRE DU SERVICE : PRIVÉ OU PUBLIC

N° 1. — Service privé

Nos explications sur les « clauses de suppression ou d'atténuation de responsabilité » en régime *délictuel* sont valables en régime *obligationnel* et notamment *contractuel* et même *a fortiori :* non seulement parce qu'on ne peut ici leur opposer, ni l'objection de fait, ni l'objection de principe que nous avons indiquées en hypothèse délictuelle (*supra*, p. 64), mais encore parce que la jurisprudence, un peu gênée, malgré tout, de cette absence absolue de raison rationnelle contre la limitation, et, tout en persistant à « se figer dans une position difficilement défendable » (184) n'ose cepen-

jeu de la responsabilité obligationnelle n'exige même pas la relation de « préposition » entre l'agent et le défendeur (locataire par exemple), *ni la présence d'une faute de l'agent, ni le caractère non « personnel » de cette faute :* observation dont l'importance se souligne d'elle-même.

(182) Nous pouvons maintenant révéler que dans notre citation sus-visée de la thèse Brun (*supra*, p. 29), nos points de suspension remplaçaient l'adjectif : « contractuel », auquel nous nous étions précisément réservé d'adjoindre les adjectifs : « légal » et « jurisprudentiel ».

(183) Tel est effectivement, le « statut jurisprudentiel » de « l'excès de pouvoir » *administratif :* cf. Louis Delbez, *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, R. Dr. Publ., 1932, p. 489. Mais il n'apparaît aucune raison pour que l'excès de pouvoir *administratif* en ait le monopole.

(184) H. et L. Mazeaud, *R. C.*, II, n° 2544, p. 815.

dant faire paraître, en matière contractuelle, la même irréductible hostilité qu'en matière délictuelle (185). Ainsi validité indiscutable de toutes restrictions — contractuelles ou non — de la garantie incombant au maître.

N° 2. — Service public

Même constatation, et sous le bénéfice de la nuance déjà indiquée (*supra*, p. 66) pour les limitations, en service public, de la réparation délictuelle : aux « *clauses* » de la limitation (suppression ou atténuation), substitution de *principes* de limitation tirés, par la jurisprudence, soit de la logique juridique, soit de la considération des nécessités publiques.

Mieux encore, à la présence de la conjoncture contractuelle qui, en service privé, vient justifier *a fortiori* les « clauses » de suppression ou d'atténuation de la responsabilité, correspond, en service public, une raison de logique juridique propre, elle aussi, à légitimer, particulièrement en matière obligationnelle, les limitations de la responsabilité de l'Etat : c'est précisément la considération de la différence de situation par rapport au service public existant entre les « TIERS » et les « USAGERS » (186). De cette différence, qui n'est, pour nous, autre chose que notre distinction entre le régime délictuel et le régime obligationnel (contractuel ou non), nous savons qu'un éminent magistrat administratif, M. le Commissaire du Gouvernement Rivet, a, dans des conclusions magistrales, déduit un principe capital de limitation (187).

Ainsi se trouve rempli en ce qui concerne le régime *obligationnel*, comme nous l'avons observé (*supra*, p. 66) pour le régime *délictuel*, l'objet de la présente Introduction, savoir : amorcer la discussion de l'arrêt *Blanco* par la mise en relief de *la similitude des principes qui commandent le régime de la réparation civile incombant aux maîtres des services : privé et public*. Il nous reste,

(185) Au vrai, « elle veut, et ne veut, et ne sait ce qu'elle veut », et M. A. BRUN n'exagère pas en la jugeant « très confuse » (Thèse citée, n° 38, p. 49).

(186) Cf. *supra*, p. 51, n. 115 et *infra*, p. 89.

(187) « Lorsqu'il s'agit de TIERS lésés par l'établissement ou le fonctionnement d'un ouvrage (ou d'un service, dirons-nous) public, l'idée du sacrifice sans contre-partie imposé à l'individu dans l'intérêt de tous peut amener, le cas échéant, à la reconnaissance d'un droit d'indemnité sur la simple justification de l'existence matérielle du dommage subi. Quand il s'agit, au contraire, de L'USAGER de l'ouvrage (ou du service), le bénéfice que l'intéressé retire de celui-ci autorise à plus d'exigence » (Conclusions suivies du texte de l'arrêt, Cons. d'Et., 20 mars 1926, GRIMAUD, R. Dr. Publ., 1926, p. 260). *Adde :* Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 30. Cf. *supra*, note 115 de la page 51 *in fine*.

toutefois à examiner, dès à présent, au regard de ces principes, la doctrine régnante à l'égard du *maître du service public*.

§ III. — La doctrine jurisprudentielle administrative de la responsabilité administrative, civile, pécuniaire, de l'Etat, maître du service public

Nous devons, tout d'abord, expliquer le titre de ce paragraphe.

En Droit civil, la doctrine se présente concurremment avec la législation et la jurisprudence comme une source de droit indépendante et contradictoire (188). En Droit administratif, au contraire — du moins en la matière responsabilité de l'Etat qui nous intéresse — si l'on excepte : d'une part, l'opposition de Léon Duguit à la théorie de la responsabilité de l'Etat « *pour faute* », d'autre part l'opposition de M. Gaston Jèze à la théorie de la responsabilité de l'Etat pour faute *seulement* « de service » (théorie dite : du « non-cumul ») (189), on constate que la doctrine, en cette matière, a adopté une attitude purement descriptive, mieux : contemplative, de la jurisprudence. L'introduction du traité magistral de M. Paul Duez sur la *Responsabilité de la Puissance publique* est très nette en ce sens et la même constatation se vérifie pour l'ensemble de la doctrine contemporaine. Pour employer une expression scolastique, la doctrine se place « DANS L'HYPOTHÈSE » de la jurisprudence administrative. Au lieu de dominer la jurisprudence comme l'esprit doit dominer la matière, la doctrine s'est mise à sa remorque, et ce n'est plus seulement de « *quasi*-déification » qu'il faut parler. Ne reconnaissant, spécialement en notre matière, qu'un droit issu de la jurisprudence, la doctrine se constitue, par là-même, une « doctrine jurisprudentielle administrative ».

Quant à la responsabilité de l'Etat, l'épithète : « administrative » ne signifie pas pour nous : « de l'administration », ni, encore moins : « d'ordre administratif », mais : « *procédant du fait d'agents administratifs* » et c'est pourquoi nous n'admettons l'expression : « responsabilité administrative » qu'à la condition d'ajouter, ou tout au moins de sous-entendre : « DE L'ETAT ». Nous

(188) Et encore un savant auteur civiliste a-t-il pu s'élever justement contre le « snobisme jurisprudentiel », contre « la quasi-déification de la jurisprudence » (J. BONNECASE, *Suppl.*, t. I, 1924, n° 264, p. 449 et n° 277, p. 467).

(189) Responsabilité de l'Etat *pour faute* et « *non-cumul* » des actions en responsabilité contre l'agent auteur d'un « fait personnel » et contre l'Etat : c'est ce que nous appellerons « les deux talons d'Achille » de la thèse administrative (compétence comme fond) de la responsabilité de l'Etat (v. *infra*, n. 89 de la p. 297 et p. 436).

entendons : « civile » par opposition à la fois à « politique » et à « pénale » — et « pécuniaire » par opposition à « en nature ». Il va de soi que nous n'avons réuni que pour une fois ces trois épithètes, et que nous nous contenterons, pour l'avenir, de l'expression : « responsabilité de l'Etat », sauf lorsqu'il nous paraîtra utile de mettre en relief l'un des trois caractères correspondants.

Sous le bénéfice de cette mise au point terminologique — qui n'est pas indifférente au fond — nous abordons maintenant celui-ci. Comme le Droit civil — en son état actuel — pour la responsabilité civile *en général*, la doctrine régnante du Droit public, au lieu de différencier la responsabilité civile *de l'Etat* selon que le préjudice à réparer est — ou non — fonction de la préexistence d'une situation de relation juridique, d'un « champ juridique », entre le demandeur et le défendeur, déplace cet axe rationnel : de la situation de relation juridique *en général*, elle détache, — elle isole — le cas *particulier* de la situation juridique d'obligation *contractuelle*, dont elle fait une catégorie, pour comprendre et confondre dans une autre catégorie dite (190) habilement — et pour cette cause — catégorie « *extra-contractuelle* » :

— d'une part, le cas où le préjudice n'est pas fonction d'une relation juridique préexistante entre les parties, c'est-à-dire la conjoncture *délictuelle ;*

— et, d'autre part, le cas où le préjudice est fonction d'une relation juridique préexistante autre qu'une obligation contractuelle, c'est-à-dire le cas où le préjudice procède du défaut d'exécution d'une obligation — ou de l'excès d'exercice d'un pouvoir — *non contractuels*.

En revanche, la théorie régnante du Droit administratif a imaginé, à l'intérieur de la catégorie « extra-contractuelle », une différenciation du fondement de la responsabilité de l'Etat selon que la reconnaissance de cette responsabilité est subordonnée — ou non — *à la présence d'une faute* du personnel à son service. Dans l'affirmative — qui demeure la normale — la responsabilité de l'Etat est considérée comme « fondée sur l'idée de faute » ; dans la négative — qui demeure l'exception — comme « fondée sur l'idée de risque » (191).

I. — Quant à la responsabilité « pour faute », la doctrine régnante précise qu'il ne s'agit pas d'une faute *quelconque*, mais d'une

(190) Cf. *supra*, p 28 et n. 46 et *infra*, p. 249, n. 66.

(191) Conclus. de M. le comm. du gouv. Rouchon-Mazerat dans l'affaire *Dame Mélinette*, R. Dr. Publ., 1933, p. 434. *Adde :* Paul Duez, *R. P. P.*, p. 2 ; J. Appleton, *Traité*, n° 218, p. 401, 402, etc.

« faute du service public », c'est-à-dire une faute pouvant être considérée comme commise par le service lui-même, une faute non seulement DE — mais DU — service (192). *Ainsi*, l'on admet bien que la responsabilité de l'Etat est « engagée du fait de ses agents » (193) mais, si on l'admet, ce n'est que dans la mesure où le fait *des agents* peut être tenu comme fait *de l'Etat*, dans la mesure où les agents peuvent, au regard de l'acte incriminé, être « considérés comme *organes* » (193) de l'Etat, dans la mesure où la responsabilité — COMME LA FAUTE — prennent naissance et résident DIRECTEMENT en la personne de *l'Etat* confondue par définition de *l'organe* avec la personne de celui-ci (194). *Ainsi*, ce qui, dans ce système, est « direct », ce n'est pas seulement *la responsabilité* c'est aussi — c'est d'abord — *la faute* elle-même. *Ainsi*, la responsabilité dite « DIRECTE » de l'Etat est en réalité une responsabilité POUR FAUTE DIRECTE, « prenant un caractère objectif anonyme », en tant que « détachée de la faute d'agents individualisés » (195). *Ainsi* est trouvé *un fondement* de la responsabilité de l'Etat à raison de la faute *des agents à son service* érigée en responsabilité pour faute *de l'Etat* lui-même (196). *Ainsi*, le fondement de la responsabilité de l'Etat *pour faute* postule l'artifice purement verbal de la *confusion entre l'organe et l'Etat* — qui n'est autre chose, au fond, qu'une CONFUSION ENTRE LA FAUTE ET LA RESPONSABILITÉ (197), une superposition de ce véritable épiphénomène éminemment contestable au phénomène juridique (déjà tout juste admissible et non sans avoir été lui-même contesté) de la personnalité morale.

Nous croyons avoir suffisamment mis en relief (v. *supra*, n. 127 de la p. 54) *le parasitisme* de cette théorie de *l'organe*, de cette fic-

(192) « C'est le fait ou la faute du service plutôt que de l'agent » (M. HAURIOU, *Précis*, 11e éd., p. 322).

(193) Louis TROTABAS, *La resp. de l'Etat en droit interne*, R. Dr. Publ., 1932, tir. sp., p. 7.

(194) « La conception « faute du service public » s'apparente au système organiciste : la personnalité juridique de l'agent disparaît : celui-ci est absorbé par l'entreprise administrative dont il devient un simple rouage, un simple organe ; l'agent ne se détache pas du service public, il est fondu en lui » (Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 12).

(195) Paul DUEZ, *ibid.*, p. 13.

(196) *De deux choses l'une : Ou bien, par l'expression : « faute* du service », *on entend ainsi : faute* de l'Etat. *Ou bien, dans cette expression*, le « service » *ne signifierait pas :* l'Etat, *mais seulement :* le personnel à son service, *et alors resterait à trouver l'explication*, le fondement, *de la responsabilité de l'Etat pour la faute* du personnel à son service.

(197) On n'a pas oublié (v. *supra*, p. 53) que la confusion systématique entre *la faute et la responsabilité est un des moyens sûrs de nier la responsabilité sans faute.*

tion à outrance, *tout au moins de son exploitation en matière de responsabilité*, et la fatale incohérence dont elle donne le spectacle (198).

Certes, cette conception de la « responsabilité directe » — ou, plus exactement, de la FAUTE DIRECTE de la personne morale en son organe — qu'on ne manque pas de faire valoir comme une « théorie spéciale » du Droit public *appelant une juridiction spéciale* (199), on pourra tout aussi bien la défendre en observant que la théorie de l'organe n'est pas spéciale au Droit public. A quoi nous répondrons, d'abord, que ce qui demeure spécial au Droit public, c'est l'incohérence que nous venons de rappeler dans la conception même de « l'organe ». Mais ce n'est pas tout. Il faut « considérer la fin ».

EN DROIT CIVIL, la théorie de « l'organe » a pu servir :

— soit (et c'est sa seule excuse) à remédier à la rigueur d'une législation qui subordonne la responsabilité du maître du service à la condition de sa *propre* faute : c'est ainsi que l'article 31 du Code civil allemand est venu heureusement corriger, pour la responsabilité des « associations », l'étroitesse de l'article 831 (200) ;

— soit (et cette prétention est *très justement condamnée* par la jurisprudence comme par la presque unanimité de la doctrine française) à *immuniser* « l'organe » en tant que tel (201) ;

— soit enfin (et nous ne pouvons que renvoyer, sur ce point, à notre précédente critique de la « dénaturation » de la faute : v. *supra*, n. 24 de la p. 17 et n. 127 de la p. 54) à imaginer, dans le système de *la faute à tout prix*, une faute *de la personne morale* (202), alors que la première condition pour pouvoir *commettre une faute*, c'est-à-dire : *agir mal*, c'est de pouvoir *agir par soi-*

(198) A ce tableau, ajouterons-nous qu'en 1895 Léon MICHOUD assimilait « l'organe » au « représentant » (*Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, I, p. 415 à 417) et qu'en 1906 il les opposait (*Pers. mor.*, I, n° 60, p. 133) ?

(199) V. notamment Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 11 et 185, et Roger BONNARD, Note sous Cons. d'Etat, 23 janv. 1931, *Garcin*, S. 1931.III.97.

(200) Cf. C. civ. all., éd. fr. de l'Imprim. nat., commentaire de Raymond SALEILLES sous l'art. 31, t. I, 1904, p. 29. Léon MICHOUD (R. Dr. Publ., 1895, I, p. 423) ajoute que cette considération vaut même en France pour l'art. 206 du C. forestier — ce dont nous contestons l'utilité.

(201) Cette conséquence — POURTANT FORCÉE — de la théorie de « l'organe » a été désavouée par son fondateur GIERKE lui-même (d'après Léon MICHOUD, *Pers. mor.*, II, n° 276, p. 251, n. 2). Dans le même sens, R. DEMOGUE, *Oblig.*, III, n° 344, p. 544 et 545, n. 1, avec force références. En sens contraire : SÉON, *Resp. syndic. et civ. des synd. prof.*, Thèse Dijon, 1900, p. 174 et surtout H. et L. MAZEAUD, *R. C. C.*, II, n° 1988, p. 397.

(202) Cf. notamment H. et L. MAZEAUD, t. II, n° 1981 et s., p. 392 et s.

même et que la personne morale *n'agit* que... par *agents* (203) — et n'est pas « douée de conscience » (v. *supra*, p. 20, n. 29 et 54, n. 127.

Or, EN DROIT PUBLIC, que vient faire la théorie de la faute et de la responsabilité « directes » de l'Etat en son « organe » ? On nous répond qu'elle améliore la situation de la victime en la dispensant de la mise en cause de l'agent. Nous répliquerons (en réservant pour un instant la démonstration : v. *infra*, p. 217) que cette prétendue amélioration est aussi imaginaire que la prétendue nécessité de la mise en cause de l'agent selon le régime de l'article 1384. A cet égard, la responsabilité du commettant civil en matière délictuelle — et *a fortiori* en matière contractuelle — EST TOUT AUSSI « DIRECTE » QUE CELLE DE L'ÉTAT. Et nous ajoutons immédiatement que, sous le couvert de *cette prétendue faveur :*

— « *Timeo Danaos...* » —

c'est, tout au contraire, *une double rigueur* que la théorie organiciste de la *responsabilité directe pour la faute de service* offre à la victime, puisqu'elle vient, en réalité, imposer une double condition — et partant *une double restriction* — à la responsabilité de l'Etat, puisqu'elle subordonne le jeu de cette responsabilité :

1° *à la présence d'une faute ;*

2° *à la possibilité de l'attribution de cette faute au service public.*

La première condition exclut la responsabilité de l'Etat *sans faute ;* la seconde exclut la responsabilité de l'Etat à raison de la *faute personnelle* d'agent, par définition non attribuable au service. LA PREMIÈRE CONSTITUE UN BARRAGE CONTRE LA THÉORIE DU « RISQUE », LA SECONDE UN BARRAGE CONTRE LA THÉORIE DU « CUMUL ». Aussi ne faut-il pas manquer d'ajouter que la doctrine régnante de la responsabilité de l'Etat a donné une singulière extension à la théorie de « l'organe » qui, réserve faite de certaines théories res-

(203) Dire que « les actes des organes de la personne morale sont ses propres actes » et « que par eux, c'est elle-même qui agit » (Léon MICHOUD, *op. cit.*, R. Dr. Publ., 1895, I, p. 415), nous apparaît comme un jeu purement verbal de l'esprit. *Pourquoi le fondé de pouvoir absolu d'une* personne *physique* qui ne s'occupe *personnellement* de *rien* ne serait-il pas aussi son « organe » ? Quant à prétendre que la théorie de l'organe présente l'avantage d'assurer la responsabilité de la personne morale contre laquelle on ne peut relever la faute *in eligendo* ou *in vigilando* (L. MICHOUD, *loc. cit.*, n° 16, p. 421, 423 ; A. MESTRE, *Les pers. mor. et le probl. de leur resp. pénale*, Thèse Paris, 1899, p. 211 ; etc.) — alors que l'art. 1384 exigerait une faute ou au moins une présomption de faute du commettant — nous avons reconnu (*supra*, p. 53 et s.) la péremption de ce système.

trictives : « domaine privé », « gestion privée », etc. (v. *infra*, n. 104 de la p. 178), commande la responsabilité de l'Etat (204).

Dès lors, invoquer en faveur de la « responsabilité directe » pour la « faute du service » ses avantages pour les victimes, apparaît comme une véritable gageure, puisque, loin de les servir, elle les dessert. Ainsi ce prétendu fondement de la responsabilité de l'Etat ne se défend pas mieux du point de vue pratique que du point de vue théorique.

Il y a des *fautes d'agents* de l'Etat dont la *responsabilité* est imputable à *l'Etat ;* il n'y a pas de faute d'agents de l'Etat dont *la commission* soit attribuable : ni au *service*, ni à *l'Etat ;* il n'y a pas de faute *du service*, il n'y a même pas de faute *à la charge du service* si l'on entend par « service » le *personnel du service* puisque le *personnel* n'a pas de... *personnalité* juridique : il n'y a que des *fautes d'agents à la charge de l'Etat* (205). Il n'y a pas, enfin, de « faute objective » parce que, nous croyons l'avoir établi (*supra*, p. 19, n. 25), ce substantif et cet adjectif « hurlent de se voir accouplés ». Ou bien l'on entend par là une incorrection, donc une faute — *tout court* — et non pas *de l'Etat*, ni *du service*, mais faute d'un ou de plusieurs *agents*. Ou bien la prétendue « faute objective » n'implique pas une incorrection, et alors elle n'est *pas plus faute « objective » que « sujective »* : elle n'est *pas faute* (206). Et il reste à expliquer — autrement que par des mots — pourquoi, précisément, la respon-

(204) Dans l'affaire *Dame Mélinette*, le commissaire du gouvernement a revendiqué la compétence administrative au nom de l'inapplicabilité de l'art. 1384 C. civ., *reconnaissant ainsi un conducteur de tombereau d'immondices comme « organe » de l'Etat*. Il est vraisemblable que GIERKE — lui non plus — « n'a pas voulu cela ».

(205) Cf. *supra*, note 127 de la p. 56 *in fine*.

(206) Nous croyons la « faute objective » exactement justiciable de ces observations formulées par M. G. MORIN à l'égard de « l'abus du droit » (*Rev. Métaph.*, 1929, p. 270, 277, 281) : Ce concept « apparaît comme l'une des applications de ce grand phénomène de l'évolution juridique : les fictions, grâce auxquelles *on camoufle les solutions juridiques nouvelles commandées par l'état social et l'équité en les rattachant à des concepts anciens que l'on respecte en apparence tout en altérant systématiquement leur contenu...* A toutes les époques et dans tous les droits, notamment en droit romain, en droit anglais, chez les légistes de l'ancienne France, la plupart des progrès juridiques se sont réalisés de la sorte, c'est-à-dire *par des simulations*... Cette tactique a eu son avantage habituel. Elle a rendu facile et sans danger le passage toujours critique d'un système juridique ancien à un système nouveau... (Elle vaut comme) *doctrine de transition*... Mais, selon nous, ici comme dans tous les domaines du droit où l'on rencontre des concepts TRUQUANT LA RÉALITÉ, l'heure doit venir où il faut arracher les masques et *faire coïncider les concepts avec le réel*. Cf. *infra*, p. 87, n. 322 et 382, n. 166 : le « *régime des pseudos.* »

sabilité de ces fautes *des agents* de l'Etat « remonte à *l'Etat* » (207), pourquoi l'Etat ne pouvant être responsable pour *sa* faute qui est inconcevable, est responsable pour la faute *de ses agents* :

« La responsabilité des personnes morales, observe M. René DEMOGUE, ne peut que dériver d'idées ÉTRANGÈRES A LA FAUTE... (208).

En un sens, on peut dire que la responsabilité administrative REPOSE TOUJOURS SUR LE RISQUE car : ou elle a lieu sans faute, ou elle exige une faute de service laquelle est toujours une faute de l'agent » (209).

Et Maurice Hauriou lui-même, dans sa note *Tomaso Greco* — elle-même — où il abandonne sa précédente position du « risque » (dans les arrêts *Cames* et *Lepreux*) pour adopter celle de la « faute », présente cette évolution comme un passage de la « responsabilité pour toutes sortes de risques » à la « responsabilité limitée au seul RISQUE DE LA FAUTE ». Ainsi, comme nous l'avons déjà observé (*supra*, note 41 de la p. 25-3°), *il n'est pas permis, en la matière, d'opposer « faute » à « risque »*. La responsabilité du maître du service, même subordonnée à la condition d'une faute de l'agent à son service, de l'agent par qui il « se fait servir » à ses risques et périls (v. *supra*, p. 55), est elle-même, en réalité, une « responsabilité pour risque » (210) — plus exactement une GARANTIE — et ne

(207) M. HAURIOU, Note sous Cons. d'Et., 22 déc. 1924, *Soc. d'ass. mut. « Les Travailleurs français »*, S. 1926.III.1 ; *N. A. H.*, I, p. 675.

(208) *Oblig.*, III, n° 344, p. 546.

(209) *Oblig.*, V, n° 1256, p. 575.

(210) « La faute du service public », observe M. Paul DUEZ (*R. P. P.*, p. 13-3°) reste bien à distinguer de la responsabilité pour risque... ce n'est pas le fait du service mais la faute du service qui donne ouverture à indemnité pour la victime du dommage ». La contradiction apparente entre cette proposition et la nôtre n'est peut-être pas insoluble, mais il importe de préciser. Quand on parle de « faute du service » il faut, comme nous l'avons déjà indiqué (*supra*, p. 75, n. 196), choisir. Ou bien l'on entend par là, selon la théorie de l'organe : « faute de l'Etat » et nous croyons avoir établi que c'est là se payer de mots *en confondant la faute et la responsabilité*. Ou bien l'on entend : « faute d'un personnel au service de l'Etat », et alors c'est reconnaître que la responsabilité *de l'Etat* n'est pas une responsabilité pour faute *de l'Etat*, qu'elle est donc ce qu'on appelle (mal) « responsabilité pour risque » — et ce que nous appelons une GARANTIE — « risque » et « garantie » du fait *fautif* comme du fait *non faulif* du personnel. Cela posé, il n'en est pas moins exact que, dans le cas de la responsabilité dite : « pour faute du service » — en réalité faute d'agent, c'est la faute qui « donne ouverture à indemnité » pour le requérant. *Quand le soleil pénètre dans une chambre noire par un trou percé dans un volet*, on peut dire que le trou « donne ouverture » à lumière pour la chambre, *pourvu* qu'on n'entende pas par là qu'il est la SOURCE de la lumière, mais qu'il est la CONDITION de son passage. Ainsi — et c'est un point sur lequel on ne saurait croyons-nous trop insister : *la faute du service public, entendue : non comme faute de l'Etat, maître du service, mais comme faute du personnel à son service, peut constituer une* CONDITION — *mais jamais un* FONDEMENT — *de la responsabilité de l'Etat* (v. *supra*, p. 69, n. 173).

peut avoir *que le fondement de celle-ci*, à l'examen de laquelle nous sommes ainsi amené.

II. Considérons donc, maintenant, la responsabilité de l'Etat dite : « pour risque ». Par là, on entend la responsabilité — exceptionnellement — admise en l'absence de toute faute (211). Quel fondement en donne-t-on ? Son nom l'indique : c'est... « le risque ». Sur ce point, également, nous nous sommes déjà expliqué (v. *supra*, note 41 de la page 25-3°) et nous croyons avoir établi que, là encore, on se paye de mots, que : dire qu'on est responsable « pour risque », c'est « parler pour ne rien dire ». Autant sont légitimes les expressions : « garantie DE risque », « assurance DE risque », qui désignent purement et simplement *un régime* de réparation, autant l'est peu l'expression : « responsabilité POUR risque » si elle prétend, en outre, indiquer le risque comme *fondement* de ce régime.

S'agit-il de préjudices véritablement fortuits, accidentels, involontaires ? S'il est vrai — d'après M. de la Palisse — que ces accidents se sont produits parce que le risque en existait, c'est-à-dire que *leur réalisation résulte de leur possibilité comme leur possibilité ressort de leur réalisation*, nous rappellerons que ce n'est pas leur *possibilité, même leur création par le défendeur*, qui détermine *sa responsabilité*, c'est leur *réalisation*. Est-on responsable de la création d'un risque qui ne se réalise pas ? Apparemment non. Dès lors, nous croyons être en droit de juger que, seule, la réalisation du risque déterminant la responsabilité, dire que cette responsabilité procède de la création du risque, c'est-à-dire de la possibilité du fait réalisé, *alors que cette possibilité n'est elle-même incriminée que du fait de sa réalisation*, c'est PURE LOGOMACHIE.

Mais logomachie... *utile*. Alors qu'il était si facile de dire tout simplement : « responsabilité sans faute », pourquoi avoir imaginé : « responsabilité pour risque » ? N'est-ce pas encore pour pouvoir — *en regardant toujours du côté de l'agent du mal, qu'il ne s'agit pas de punir, au lieu de regarder du côté du patient, qu'il s'agit uniquement de récompenser* (212) — imposer UNE RESTRICTION

(211) Cependant qu'en réalité, nous venons de le voir, la prétendue responsabilité « pour faute » d'agent n'est pas moins « pour risque ». Alors que — nous nous excusons d'y revenir — la faute *propre* de la personne individuelle est considérée comme un « risque » (*supra*, n. 41 de la p. 25-3°), comment n'en serait-il pas ainsi *a fortiori* pour les fautes *de ses agents* et encore *a fortiori* pour les fautes *des agents de la personne morale?*

(212) Au sens juridique du terme, naturellement (v. *supra*, p. 13 et n. 9, nos explications sur le caractère de la responsabilité civile qui n'est pas, comme la

à la responsabilité de l'Etat ? N'est-ce pas pour limiter celle-ci au cas du risque « *exceptionnel* » des « *choses dangereuses* », une des dernières tranchées de la résistance à la responsabilité sans faute (v. *supra*, note 24-4° de la p. 17), tranchée d'ailleurs parfaitement abandonnée par la jurisprudence judiciaire (213), alors que le « libéralisme » (214) de la jurisprudence administrative s'y tient encore (215) ?

S'agit-il maintenant des dommages nullement accidentels, mais au contraire parfaitement prévisibles, parfois même prévus, souvent délibérés, qui se rapportent notamment à la matière des travaux publics (216), à ce berceau de la « responsabilité pour risque » de l'Etat. Alors, *on comprend encore moins* l'emploi de l'expression : « responsabilité pour risque », ou même : « dans le cadre du risque » (217).

III. — Aussi bien, le « risque » a-t-il été reconnu si peu apte à fonder la « responsabilité *pour* risque «, qu'une autre explication a été cherchée — et, naturellement, comme une « théorie spéciale » au Droit public. D'innombrables systèmes ont été ingénieusement élaborés à ce sujet par la doctrine française ou étrangère « constructions en l'air sur des idées imaginées par des interprètes » (Léon Michoud, *Pers. mor.*, II, n° 292, p. 283) dont on trouve l'exposé dans le magistral article du même auteur : *La Resp. de l'Etat*, R. D. Publ., 1895, t. II, p. 251 et s.). A la vérité, on peut dire que cette multiplicité a considérablement « fondu » et qu'elle s'est même « cristallisée » sur une théorie qui, en Droit administratif français du moins, paraît, aujourd'hui, réunir la généralité des suffrages : celle de « l'égalité de répartition des charges publiques entre les citoyens », tirée de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : Georges Teissier, *Resp. de la Puiss. publ.*, 1906, n°s 12 et 52 ; Tirard, *De la responsabilité de la Puiss. publ.*, thèse, Paris, 1906, p. 138 et s. et 254 ; Léon Michoud, *Pers. mor.*, II, n° 292, p. 282 et s. ; René Marcq, *La resp. de la*

responsabilité pénale, CONTRE l'agent mais, au contraire et uniquement, POUR le patient).

(213) V. note de M. Ch. BLAEVOET sous l'arrêt *Dame Mélinette*, au D. P., 1933. III, p. 71, *in fine*.

(214) V. *infra*, p. 364 et s.

(215) V. *infra*, note 99-6° de la p. 267, et n. 128 de la p. 371.

(216) Dommages que M. Ch. BLAEVOET appelle « conditions juridiques préalables » par opposition aux « conséquences anormales accidentelles imprévues » des travaux publics (*Des atteintes à la propr. à raison des travaux publ.*, 1930, p. 4).

(217) Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 2 et p. 34.

Puiss. publ., 1911, p. 412 et s. et particulièrement Paul Duez (218) et Léon Duguit (219).

Nous éprouvons les plus vifs scrupules à formuler des réserves à l'égard d'une opinion éminemment représentée entre toutes et cependant il nous paraît difficile de méconnaître la gravité des objections qu'elle soulève. La première qui se présente est celle du cas de *l'étranger*, précisons même : d'un étranger de passage, à qui la « répartition des charges publiques » nationales est parfaitement indifférente, et qui subit, en dehors de toute faute de sa part et de toute espèce de force majeure, un préjudice du fait du personnel au service de l'Etat dans l'exécution du service, ou du fait du matériel (meubles, immeubles, animaux) de l'Etat. Prétendra-t-on que, si ce préjudice doit être réparé, c'est parce qu'il « blesse l'égalité devant les charges publiques » (220)... étrangères... à cet étranger ? *Et si la réparation du préjudice envers un étranger se justifie pour des raisons indépendantes du principe de l'égalité des charges ; pourquoi ces raisons vaudraient-elles moins pour les nationaux ?*

Considérons maintenant le cas d'une société *quelconque* et supposons que l'un de ses membres subisse, dans les mêmes conditions, un préjudice du fait du personnel ou du matériel au service de la société. Le droit à réparation de ce préjudice sera-t-il fondé sur le principe de l'égalité de répartition des charges sociales ? Et si les statuts stipulent l'inégalité de cette répartition ? Et ne voit-on pas poindre ici le paralogisme ? N'aperçoit-on pas que *la réparation* du préjudice par la société est *une chose* et que *la répartition de cette réparation* en est *une autre* ? Comment la considération de l'équilibre entre le patrimoine de la victime du préjudice et le patrimoine de la société dont le service a posé une condition du préjudice peut-elle être subordonnée à la considération de l'équilibre entre les patrimoines des membres du corps social ? *En quoi l'obligation de la réparation pourrait-elle être fondée sur son mode de réparti-*

(218) « La responsabilité de la Puissance publique apparaît comme un aspect de la répartition des charges publiques entre les individus » (*R. P. P.*, Introd., p. XV ; Addé : p. 44 ; p. 61).

(219) « La responsabilité de l'Etat repose sur cette idée fondamentale qu'une solidarité étroite unit tous les membres de la collectivité nationale ; que les charges sociales et les dommages résultant de l'activité collective des nécessités de la défense commune doivent autant que possible peser également sur tous ; que, par conséquent, s'il résulte de l'intervention de l'Etat, même en dehors de toute faute, un préjudice spécial pour quelques-uns, réparation en est due qui doit être supportée par le patrimoine commun, c'est-à-dire par l'Etat » (L. Duguit, *Traité*, p. 471).

(220) Paul Duez, *R. P. P.*, p. 61.

tion (221) ? En quoi un régime de répartition des charges *publiques* peut-il constituer, envers *un membre* de la société *nationale*, un principe de réparation d'un mal injuste procédant du service *national*, plutôt qu'envers *un étranger*, et plutôt qu'un régime de charges *sociales* d'une société quelconque pour la réparation d'un mal injuste procédant du service *social* ? Que vient faire — en cette affaire — la fiscalité ? « Le principe d'égalité des administrés devant les charges publiques, écrit M. Paul Duez (*R. P. P.*, p. XV) exige la responsabilité de la Puissance publique ». Mais est-ce l'égalité de répartition qui détermine l'obligation de la réparation, ou ne serait-ce pas plutôt la réparation qui détermine l'égalité de répartition dans un pays à fiscalité égalitaire ? La réparation du préjudice est une chose, disions-nous, il y a un instant et la répartition de la réparation en est une autre. Nous pouvons maintenant préciser : la réparation *commutative* du préjudice est une chose et l'égalité distributive de répartition *entre les nationaux* des réparations allouées *tant aux nationaux qu'aux étrangers* est une autre chose qui, dans un pays à fiscalité égalitaire, est UNE CONSÉQUENCE ET NON UNE CAUSE de la première (222).

Une dernière observation, s'il en était encore besoin, porterait, croyons-nous, le coup de grâce au fondement de la responsabilité de l'Etat sur le principe de l'égalité de répartition des charges publiques. Qu'est-ce que cette « égalité de répartition », que cette « solidarité », sinon ce que, en Droit civil, dans un magistral article (223), M. le professeur R. Savatier a appelé : « la socialisation de la responsabilité et des risques individuels », en vertu de laquelle « le poids de la responsabilité, en apparence individuelle, se répartit, en définitive, sur tout le corps social » ? Est-ce là un fondement — OU UNE CONSÉQUENCE — de la responsabilité civile *des*

(221) « La lésion des droits appartient à la justice commutative » (Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, p. 306, d'après CATHREIN).

(222) N'est-ce pas ce qui ressort de ce passage même du traité de M. Georges TEISSIER (*R. P. P.*, n° 52) et, d'ailleurs, souvent cité : « Les articles 1382 et suivants ne sont pas de ces dispositions arbitraires de la loi écrite qui n'existent que par la seule volonté du législateur ; ce sont des conséquences directes et nécessaires du principe supérieur d'équité qui domine tout le droit, qui est la base on peut le dire *de toute société* organisée, et en vertu duquel TOUT DOMMAGE CAUSÉ OBLIGE SON AUTEUR A LE RÉPARER. Ce principe fondamental *du Droit privé* qui, nous l'avons dit, *a pénétré également dans le Droit public* moderne ne permet pas, à moins qu'un principe supérieur ne fasse obstacle à son application, qu'un citoyen souffre plus que les autres des actes de la Puissance publique réputés accomplis dans l'intérêt de tous. » Cette égalisation est donc *conséquence* et non *cause*.

(223) *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels*, Chronique au D. H. 1931, p. 9.

particuliers ? Pourquoi donc en avoir voulu faire un fondement de la responsabilité civile *de l'Etat* ?... La réponse à cette question viendra dans un instant...

En un mot, il est un sophisme plus grave que le sophisme : *non causa pro causa*, c'est le sophisme : *effectus pro causa* — et c'est celui sur lequel nous apparaît lui-même... fondé... le fondement de la responsabilité civile de l'Etat sur le principe de l'égalité de répartition des charges publiques (224) (225).

Ainsi, de même que, pour le fondement de la responsabilité de l'Etat *pour faute d'agents*, nous avons vu la doctrine régnante faire appel à un système *parasite* : la théorie de « *l'organe* », qui n'est, d'ailleurs, nullement spéciale au Droit public, ou, plutôt, qui n'a de spécial que l'hypertrophie qu'elle y présente — de même nous venons de déceler, dans le prétendu fondement doctrinal de la responsabilité de l'Etat dite : « *pour risque* » (et que nous disons, on en sait les raisons : responsabilité de l'Etat *sans faute d'agents*), l'exploitation d'un autre système PARASITE, pendant du premier : la théorie de « l'égalité de répartition des charges publiques ». Au total : deux explications qui n'expliquent rien, deux fondements qui ne résistent pas à l'examen. Quelle est donc la véritable explication ? Quel est le fondement de l'obligation incombant à l'Etat ?

C'est précisément à cette question que notre Introducion a répondu en posant — en déduisant de la simple nature rationnelle des choses — le déplacement et le remplacement de la distinction entre *le contrat* et *l'absence de contrat* par la distinction entre L'OBLIGATION (contractuelle ou non) et L'ABSENCE D'OBLIGATION (226).

Dans le cas où le préjudice causé à l'administré *ne consiste pas* en le *défaut d'exécution d'une obligation*, nous croyons avoir établi (v. *supra*, p. 55 et s.) que : *si l'accroissement de puissance utile pour lui et nocive pour autrui que le maître du service s'est constitué précisément par le service a posé une cause ou au moins une condition* (227) *du préjudice, cet accroissement de puissance entraîne,*

(224) Qui a écrit : « Il est évident qu'avec le principe de l'égalité des charges on fait fausse route » ? Maurice HAURIOU, *Précis*, 8e éd., 1914, p. 486, n. 1.

(225) Nous objectera-t-on que la condition de la « spécialité » du préjudice prouve que « l'égalité de répartition des charges publiques » est le fondement de la responsabilité de l'Etat ? La réponse est encore immédiate. En relevant cette condition, M. Paul DUEZ (*R. P. P.*, p. 43) reconnaît lui-même qu'elle est également « retenue » par les tribunaux civils pour la responsabilité des particuliers : en déduira-t-on que celle-ci a pour fondement une « égalité de répartition » ? *C'est exactement ce que nous venons d'observer au texte pour la « socialisation »*.

(226) V. *supra*, p. 33.

(227) Jugée en fait suffisamment prochaine, suffisamment opérante, par le juge (v. *supra*, note 153 de la p. 63).

comme contre-partie rationnelle et morale, une obligation de réparation constituant non une « responsabilité », mais une « garantie », « LA GARANTIE QUE LE DROIT DOIT A LA FAIBLESSE CONTRE LA FORCE ». Et nous en avons déduit (*supra*, p. 58 et s.) que cette garantie fondée sur la puissance incombe doublement *a fortiori* à ce maître de service *souverainement puissant, souverainement moral* (cf. *infra*, p. 264), *souverainement garant de la paix sociale par la sécurité :* l'ETAT.

Dans le cas où le préjudice causé à l'administré *consiste* en le *défaut d'exécution d'une obligation administrative de l'Etat* (228), nous savons (v. *supra*, p. 68 et s.), que le fondement de l'obligation de réparation incombant à l'Etat, laquelle obligation de réparation est non pas « responsabilité », mais encore « garantie », réside en cette condition de paix sociale par la sécurité que constitue « l'impérieuse nécessité juridique — et morale ajouterons-nous — de l'obligation ponctuelle des obligations » par quiconque, et — plus encore que par quiconque — par L'ETAT *garant souverain et souverainement moral* (v. alinéa précédent) *de la paix sociale par la sécurité* (229).

(228) Nous disons : « obligation administrative DE L'ETAT », et non pas : « obligation *de l'administration* » envers le citoyen, parce que nous considérons que l'administration : servante, « gouvernante », de l'Etat n'a d'obligations juridiques *qu'envers l'Etat, son maître*, lequel assume, lui-même, *envers les citoyens*, des obligations *qu'il charge l'administration d'exécuter*. C'est à l'égard *de l'Etat*, et non à l'égard *des « administrés »*, qu'incombe à l'administration l'obligation de rendre des services aux dits « administrés » — tout comme pour l'agent au service d'une entreprise *quelconque*, agent dont le « service » (au sens juridique, strict et correct de ce mot : cf. *supra*, p. 46-c) consiste à rendre aux clients de l'entreprise des « services » (au sens économique, lâche et étymologiquement dégénéré de ce mot, cf. *supra*, p. 44, n. 97)... *Un serviteur, même de l'Etat — surtout de l'Etat — ne saurait servir deux maîtres à la fois* (cf. *infra*, p. 237).

(229) Le préjudice procédant — ou non — du défaut d'exécution d'une obligation administrative de l'Etat et dont nous venons d'examiner l'obligation de réparation par l'Etat est un préjudice imputable à l'activité (ou à l'inaction) des agents au service de l'Etat. Mais on sait qu'il arrive aussi à l'Etat de s'imposer la réparation de préjudices *non rapportables* au fonctionnement, ni même à la simple existence, du service. Ce sont les préjudices procédant de calamités : catastrophes, fléaux, guerres, contre lesquels l'Etat était impuissant. Le fondement de la réparation ne nous paraît pouvoir être ici que cet autre facteur de paix sociale qui consiste en *la mise en commun entre tous du malheur de quelques-uns* et qui s'appelle « *solidarité* ». Mais, encore une fois, la solidarité ne postule pas l'égalité et jouerait tout aussi bien dans un régime d'inégalité — que d'égalité — fiscale : de même qu'entre débiteurs solidaires, par exemple, d'une responsabilité délictuelle, la répartition ne se fera pas nécessairement à égalité, mais proportionnellement aux gravités des fautes. D'ailleurs — aurions-nous encore pu ajouter plus haut — quel régime fiscal pourra se targuer d'égalité ? Mais, nous objectera-t-on enfin, pourquoi le même principe de *solidarité* ne serait-il pas aussi le fondement de la responsabilité de l'Etat, comme le précise Léon DUGUIT dans le passage pré-

Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, si l'on tient à fonder la responsabilité — ou plus exactement : LA GARANTIE — incombant à l'Etat (230) à raison des préjudices constituant des atteintes à la « sûreté » des citoyens (mais des citoyens seulement), ce n'est pas à l'Article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen — complètement étrangère à la question — qu'il faut s'adresser. Ce serait bien plutôt à l'Article 2 :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

Mais alors, est-il permis de se demander, pourquoi ces « théories spéciales » dont nous avons dû dénoncer le « parasitisme » s'opposant à cette nature rationnelle morale et souveraine des choses qui s'exprime en le très simple : « *respondeat superior* (231) ? C'est en la recherche de la réponse — des réponses — à cette question que va nous apparaître, avec l'interdépendance déjà signalée de la com-

cité (*supra*, p. 82, n. 219) — où il le confond d'ailleurs avec l'égalité de répartition ? Parce que, répondrons-nous, la solidarité est *bien*, mais le double fondement de l'obligation de reparation à raison de la production même du préjudice — la « NÉCESSITÉ COMPENSATOIRE INCLUSE DANS UNE PRESTATION OU DANS UN FAIT » (v. *supra*, n. 3 de la p. 12) — est *mieux*, et que, *dans l'ordre des valeurs juridiques, cette nécessité se présente avant la solidarité comme la justice se présente avant la charité.* Pas plus que la solidarité au sens juridique ne saurait être considérée comme le fondement de l'obligation solidaire, la solidarité au sens sentimental ne saurait éclipser un principe fondamental de raison et de morale juridiques. Assurément, la solidarité y trouvera son compte, mais, tout comme l'égalité de répartition, *par voie de conséquence.* — Qu'il s'agisse, au contraire, de dommages procédant de calamités dont la réparation ne saurait être imposée à l'Etat à raison de leur production — à laquelle le personnel et le matériel à son service sont *étrangers* — alors, *subsidiairement*, vont jouer : et la solidarité et, si l'on veut, le principe d'égalité. De *conséquences*, elles seront alors promues *causes* — mais dépourvues du caractère *impérieux* qui caractérise l'obligation de réparation *à raison de la production même du préjudice.* Conclusion : Le système de la doctrine régnante, qui se refuse à voir le fondement de l'obligation de garantie incombant à l'Etat dans la production même du préjudice rapportable à l'activité (ou à l'inaction) de ses agents *revient à assimiler la nocivité du personnel (ou du matériel) de l'Etat à des calamités où il n'est pour rien, et qu'il ne répare, dès lors, que par solidarité, c'est-à-dire par charité mutuelle.* Les légistes de la monarchie absolue n'ont pas, croyons-nous, trouvé mieux... Par contre, alors qu'on veut ainsi faire jouer à la solidarité *entre les membres de l'Etat* un rôle qui n'est pas le sien, *on se garde bien de reconnaître une autre solidarité qui, elle, s'impose :* CELLE DE L'ETAT ET DE L'AGENT AUTEUR D'UNE FAUTE PERSONNELLE. La raison ? Nous la connaissons : la première solidarité repousse (ou du moins est prétendue repousser) la compétence judiciaire, tandis que la seconde « l'attire » (v. *infra*, p. 102).

(230) C'est ici le lieu de nous rappeler la formule précitée de M. Henry NÉZARD : *supra*, n. 38 *in fine* de la p. 24.

(231) James W. GARNER, *La conception anglo-américaine du Droit adm.*, Mélanges Hauriou, p. 380. Cf. *infra*, p. 343 et 363.

pétence et du fond en cette matière, l'intérêt des développements qui précèdent au regard de l'objet propre de notre étude.

I. — Pourquoi, d'abord, cet attachement de l'administration et de sa juridiction à la responsabilité de l'Etat « pour faute » ? Ici se découvre une première manifestation *de l'interdépendance de la compétence et du fond*. C'est qu'en effet l'exigence de la faute comme condition — comme fondement, même, avons-nous dit — de la responsabilité de l'Etat entraîne, d'une part, comme conséquence *de fond, le resserrement de la responsabilité au cas de la faute*. D'autre part, étant donné :

1° que la recherche et l'appréciation de la faute ne peuvent appartenir (nous ne ferons aucune difficulté de le reconnaître : v. *infra*, p. 312 et s.) qu'à la juridiction administrative (232) ;
2° que la présence de cette question préjudicielle administrative a été, avec la subtile adresse que nous apparaîtra (v. *infra*, p. 110, 315 et s.), exploitée comme une aspiration de la compétence principale judiciaire par la compétence préjudicielle administrative ;
la subordination de la responsabilité de l'Etat à la condition de la faute détermine la compétence administrative — laquelle, en retour, assurera, quant au fond, une nouvelle restriction : et du principe, et de la mesure, de la responsabilité de l'Etat.

Ainsi, la subordination de la responsabilité administrative de l'Etat à la constatation — en un mot : l'exigence — d'une faute et, mieux encore : d'une faute « manifeste et particulièrement grave » présente, pour l'administration, un double intérêt : *intérêt de fond*, puisque cette exigence réduit d'autant le champ d'une responsabilité désagréable pour l'administration (responsabilité pécuniaire *de l'Etat envers l'administré* assortie d'une responsabilité politique, budgétaire, disciplinaire, et morale *de l'administration envers l'Etat et le public*) ; *intérêt de compétence* puisque la dite exigence de la faute justifie elle-même l'exigence de la compétence administrative,

(232) D'où une explication du succès de la théorie — *pourtant* civiliste (v. *supra*, p. 17, n. 24-1°-3° et p. 19, n. 25) — de la « faute objective » auprès de la doctrine de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat — *pourtant* si hostile à l'application du Droit civil à cette matière. C'est que cette faute sans considération du sujet, cette faute sans culpabilité, cette *pseudo-faute* en un mot, constitue *une ligne de repli* de la responsabilité de l'Etat pour faute dans la résistance à la responsabilité *sans faute* — comme nous verrons (*infra*, p. 374) un *pseudo-cumul* constituer une *ligne de repli* de la résistance à la responsabilité de l'Etat *pour faute personnelle* — comme nous verrons encore (*infra*, p. 382, n. 166) un *pseudo-préjudice moral* constituer une *ligne de repli* de la résistance à la responsabilité de l'Etat *pour préjudice moral*. C'est *le régime des pseudos*... (cf. *supra*, p. 78, n. 206).

agréable pour l'administration en tant que dispensatrice escomptée d'une nouvelle restriction des dites responsabilités.

On conçoit dès lors que la jurisprudence et la doctrine pro-administratives s'emploient, jusqu'à la dernière extrémité, au maintien du principe de la responsabilité « pour faute ». Parmi les témoignages les plus éminemment autorisés à cet égard, il nous suffira d'évoquer, pour la doctrine, celui de Maurice Hauriou :

« L'ADMINISTRATION A TOUT INTÉRÊT à conserver la théorie de la faute »... (233)
« Le principe de la responsabilité de la faute de l'entreprise à laquelle il faut rester fermement attaché » (234).

Et pour la jurisprudence, celui de M. le président Théodore Tissier lui-même :

« La jurisprudence du Conseil d'Etat a tendu à conférer aux citoyens une garantie de plus (que le recours pour excès de pouvoir) en reconnaissant la responsabilité pécuniaire de l'Etat... *pour fautes* commises à leur détriment » (235).

Dans l'étude *jurisprudentielle* de la responsabilité de l'Etat que constitue l'ouvrage (*R. P. P.*) de M. Paul Duez, cette responsabilité est présentée comme se développant « à titre principal » « dans le cadre juridique de la faute » et « secondairement » « dans le cadre juridique du risque ». Quant à l'administration, s'il pouvait subsister quelque doute sur l'intérêt qu'elle attache — et pour lequel elle s'attache — à l'exigence de la faute, on sera pleinement édifié à cet égard par cette simple constatation que, même dans le cas de compétence judiciaire en vertu d'un texte formel (puisqu'il faut un texte formel — prétention dont l'examen fera d'ailleurs l'objet du Chapitre IV du Titre III ci-après), l'administration, ignorant les règles : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans... Ex delicto non jus oritur* — n'a pas craint de s'ingénier à faire admettre des fautes de ses agents pour se réclamer de la compétence administrative (236).

(233) Note *Tomaso Greco* (Cons. d'Et., 10 fév. 1905, S. 1905.III.113 ; *N. A. H.*, I, p. 538).

(234) *Précis*, 11e éd., p. 310, n. 2.

(235) Discours prononcé à l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 19 octobre 1933 (journaux du 20).

(236) V. par exemple : Cons. d'Et., 6 mai 1918, *Lempereur*, Rec., 691 ; 17 juin 1918, *Fermentel*, Rec., 595 ; et tout particulièrement, Tr. Confl., 8 févr. 1873, *Dugave et Bransiet*, Rec., 1873, Suppl., p. 70 : indemnité réclamée au titre de casernement irrégulier de troupes. Ajoutons, enfin, que, dans un litige ayant fait l'objet d'un arrêt de la Ch. des Req. rapporté par le journal « *Le Temps* » du 4 août 1925, l'administration « soutint que le préjudice éprouvé *résultant d'un défaut de surveillance des chefs de la troupe, c'est-à-dire d'une faute d'un service public, les tribunaux administratifs étaient seuls compétents pour l'apprécier* ».

Mais une mention spéciale doit être accordée à la dernière découverte de la thèse administrative pour le sauvetage de la théorie de la *responsabilité de l'Etat pour faute*, dans la situation désespérée où nous allons dans un instant la voir se débattre. C'est précisément la distinction entre les « *tiers* » et les « *usagers* » des services publics, si heureusement dégagée par M. le Commissaire du Gouvernement Rivet et en laquelle nous nous sommes empressé de reconnaître (*supra*, n. 115 de la p. 51 *in fine*) un précieux appui de la distinction par nous posée entre le régime *délictuel* et le régime *obligationnel*, et non seulement pour la responsabilité civile *de l'Etat* mais pour la responsabilité civile *en général*, spécialement pour la responsabilité civile *dans le service* — privé comme public. Quelle était, en effet, dans la pensée de son savant auteur, l'idée inspiratrice de cette distinction ? Si elle n'apparaît qu'implicitement dans ses magistrales conclusions et dans l'arrêt (Cons. d'Et., 20 mars 1920, précité, *Grimaud*, R. Dr. Publ., 1926, p. 258 et s.) qui les a adoptées, un juriste administratif particulièrement qualifié s'est chargé de la proclamer en termes exprès :

« L'idée de faute du service ...apparaît au premier plan ...lorsqu'il s'agit des usagers de l'ouvrage, écrit M. J. APPLETON, sous une note au D. P., 1930.III.49, col. 2... Cette notion rejoint ainsi la théorie générale (!) de la responsabilité de la Puissance publique *pour faute.* »

Autrement dit : la découverte d'une possibilité rationnelle d'exiger, dans une certaine conjoncture (obligationnelle), la faute comme condition de la responsabilité de l'Etat, viendrait étayer une exigence antérieure de cette condition dans une autre conjoncture (délictuelle) où elle est irrationnelle !

Or, en regard de ces efforts opiniâtres autour d'une conception périmée, voici maintenant la révolte des faits, voici l'inéluctable abandon *du point de vue de l'agent*, voici l'irrésistible triomphe *du point de vue du patient*, de ce patient aux yeux de qui toutes les *contingences internes* du service — aussi bien public que privé — de l'agent sont *parfaitement étrangères*.

« Il nous paraît évident, évrivait déjà en 1909 Léon MICHOUD (237), que la barrière sur ce point (condition de la faute) est destinée à céder ».

Et Léon Duguit :

« Il faut dire que, toutes les fois que le fonctionnement d'un service public, *même en dehors de toute faute*, a occasionné un préjudice à quelqu'un, il faut que tous contribuent à le réparer. Si le Droit public n'est pas encore parvenu à cette solution, j'ai la conviction qu'il y arrivera dans un avenir prochain parce qu'elle est dans la logique des choses et de l'évolution juridique » (238).

(237) *Pers. mor.*, t. II, n° 293, p. 285.
(238) *Traité*, III, p. 102.

Si nous nous adressons, maintenant, à la doctrine belge, nous lisons dans un savant ouvrage de M. René Marcq :

« La notion de faute doit rester étrangère en principe à la responsabilité de l'Etat » (259).

Et sous la plume éminemment autorisée de M. Maurice Vauthier, professeur de Droit administratif, membre de l'Académie Royale de Belgique, et ancien ministre des Sciences et des Arts, favorable, comme le précédent auteur, à notre juridiction administrative :

« Sans doute, dans quelques décisions — mais non pas dans toutes — on voit apparaître l'idée de *faute*. Mais cette idée tend alors à revêtir une signification *particulière*. La faute consiste *non plus dans une erreur, dans une défaillance*, imputable à l'administration, mais simplement dans la circonstance *d'avoir méconnu une* OBLIGATION contractuelle ou *quasi-contractuelle* ou même une OBLIGATION *légale*. Cette faute, qui est compatible avec une conduite *irréprochable* de la part de l'administration laquelle s'est acquittée de la mission qui lui incombe dans l'intérêt de la collectivité, *s'identifie avec la lésion d'un droit préexistant :* c'est la faute que certains auteurs qualifient d'*objective* par opposition avec la faute *subjective*... Selon cette conception que l'on peut considérer *comme une acquisition définitive* de notre droit administratif... C'EST ESSENTIELLEMENT LE CARACTÈRE DU DROIT QUE L'ON PRÉTEND LÉSÉ QU'IL IMPORTE D'ANALYSER » (240).

Nous avons on s'en souvient déjà rencontré, parmi la multiple équivoque de l'expression, cette définition de la « faute objective » (v. *supra*, n. 25-4° de la p. 19). Cette faute qui « s'identifie avec la lésion d'un droit préexistant », n'est-ce pas *le préjudice ?* Cette faute qui n'implique « ni erreur, ni défaillance, ni conduite reprochable », est-ce une faute ? Et en ce système de *pure et simple confusion de la faute et du préjudice*, ne reconnaît-on pas le sixième des quatorze systèmes de « dénaturation de la faute », par nous dépistés et dénoncés dans notre note 24 de la page 17 ? Revenant aux auteurs français, nous donnerons la parole à M. Paul DUEZ lui-même :

« Le Conseil d'Etat a édifié, à côté de la théorie de la responsabilité pour faute du service public, une théorie de la responsabilité « administrative », « pour risque » (c'est nous qui mettons ces guillemets et nous en avons amplement donné la raison, cf. *supra*, p. 80) qui, pour n'être que secondaire, pousse cependant ses ramifications dans des directions *qui vont se multipliant*. ...C'est ce succès de la responsabilité « pour risque » (il serait si simple de dire : responsabilité *sans faute* et mieux : GARANTIE) qui a obligé le Conseil d'Etat à modifier, dans de nombreux arrêts, la formule par laquelle il rejette au fond l'indemnité (substitution — voire même oposition — du terme « *fait* » au terme « *faute* » selon les références données par l'auteur)... On peut prédire à la théorie du « risque », dans le domaine de la responsabilité administrative, un notable champ d'application » (241).

(239) *Resp. de la Puiss. publ.*, 1911, p. 406.
(240) *Précis du Dr. adm. de la Belgique*, 1928, n° 436, p. 514, et n° 437, p. 516.
(241) *R. P. P.*, p. 34, 35 et note 1 de la p. 57.

Et, à l'appui de ces observations, le savant auteur cite : d'abord, toute la matière des travaux publics, celle des dommages des champs de tir, puis une série de décisions devenues classiques et dont le couronnement est le sensationnel arrêt du Conseil d'Etat *Couitéas*, du 30 novembre 1923, dont Maurice Hauriou écrit :

« Il faut s'efforcer de refermer la porte imprudemment ouverte par cet arrêt » (242).

Et M. le professeur Jèze :

« C'est le triomphe de la thèse constamment soutenue dans cette Revue » (243).

Et, comme il arrive à l'aridité juridique de s'agrémenter parfois d'une note humoristique, on a pu voir la juridiction administrative, encore si parcimonieuse de la responsabilité sans faute *en faveur des administrés*, ne pas hésiter à l'appliquer en faveur... de l'Etat. Tel est le cas de l'arrêt Cons. d'Et., 25 janvier 1929, *Gaz. de Beauvais*, S. 1929.III.81, et aussi de l'arrêt Cons. d'Et., 6 mai 1932, *Grossmann*, D. P. 1933.III.57, avec note de M. Marcel Waline accordant lui-même, à la théorie de la responsabilité — *de* l'Etat comme *envers* l'Etat — *sans faute*, une adhésion qu'il ne saurait nous déplaire d'enregistrer.

Aussi bien, pourrait-on nous dire en quoi la *ratio legis* ayant déterminé la jurisprudence administrative à accepter cette responsabilité sans faute en la matière des travaux publics ne vaudrait pas pour toutes les autres matières ? Les conditions de la responsabilité de l'Etat à raison de son activité administrative seraient-elles fonction de la nature *mobilière ou immobilière* de l'objet de cette activité (244) ? Et l'extension de responsabilité devant résulter pour l'Etat de l'abandon de l'exigence d'une faute d'agent administratif n'est-elle pas conforme à l'intérêt supérieur — donc bien entendu — de l'administration, puisqu'elle conditionne à la fois la liberté et la légitimité de son activité, selon la belle formule de Maurice Hauriou : « Qu'elle fasse, mais qu'elle (non : l'Etat) paye » (245).

A la vérité, c'est une autre explication qui semble recueillir les suffrages de la doctrine :

(242) Note au S. 1923.III.57 ; *N. A. H.*, I, p. 723.
(243) *R. Dr. Publ.*, 1924, p. 77.
(244) M. Paul Duez, lui-même, pose la même question et lui donne la même réponse (*R. P. P.*, p. 58).
(245) V. *supra*, p. 57, n. 132.

« Il semble, écrit en effet M. Paul DUEZ (*R. P. P.*, p. 56) que la doctrine du risque puisse devenir, pour le Conseil d'Etat, un vigoureux moyen à utiliser toutes les fois qu'il se refuse à censurer l'action administrative... »

Dans le même sens, M. Louis Trotabas observe :

« La responsabilité objective qui se fonde sur le fait extérieur du dommage... ne nécessite aucune incursion dans le domaine de l'administration active. Bien plus, loin de prononcer le blâme qu'implique la faute, le juge peut, dans ces hypothèses, déclarer que l'administration a parfaitement agi et qu'elle n'est responsable qu'à raison de la nécessité de réparation qui s'impose dans une idée de légalité et de moralité administrative au profit d'un patrimoine privé » (246).

Nous rendrons d'abord hommage à la profonde justesse de cette vue, attestée par la jurisprudence même des arrêts *Regnault-Desroziers*, *Cie P. L. M.* (*Ateliers de chargement de Moulins*), *Colas* (Cuirassé « *Liberté* ») (247). Mais, cela dit, nous avouerons notre surprise. Sur la foi des... traités de Droit administratif, nous avions cru que la raison d'être de la juridiction administrative était — précisément — *son aptitude à la censure de l'activité administrative* (248). Mieux encore — et spécialement en notre matière de responsabilité — nous considérions, avec M. Jean Appleton, que :

« Les juridictions administratives ont qualité *pour reconnaître les torts de l'administration sans diminuer son prestige* » (249).

et avec Léon Duguit, que :

« *L'unique et suffisante* raison de décider en faveur de la compétence administrative est fondée sur le fait qu'il s'agit *d'apprécier le fonctionnement d'un service* » (250).

(246) *Rapport sur la responsabilité de l'Etat en Droit interne français*, Revista de Drept Public (roumaine), 1933, p. 11 (Sur ce document, v. *infra*, p. 104, n. 6).

(247) C'est ainsi que, dans l'affaire *Regnault-Desroziers*, le comm. du gouv. CORNEILLE avait nettement et justement conclu (*R. Dr. Publ.*, 1919, p. 349) à l'existence de fautes de service, que l'arrêt a transformées en « risques ». Sur les fautes toujours impliquées dans les catastrophes de cette nature, v. l'article très autorisé du général J. ROUQUEROL sur l'incendie de la poudrerie de Bergerac dans le journal « *La France Militaire* » du 2 avril 1928.

(248) Ainsi nous avions lu que : « il n'est pas de recoin où pourrait se réfugier l'autorité publique pour échapper à la surveillance rigoureuse du Conseil d'Etat au contentieux » (JOSEPH-BARTHÉLEMY, *Le Gouvernement de la France*, 1924, p. 206) — que, par le « contrôle juridictionnel de la moralité administrative, le Conseil d'Etat exerce sur l'administration un pouvoir disciplinaire (H. WELTER, *Contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Thèse Nancy, 1929, p. 382 et passim) — que « le Conseil d'Etat allie, aux pouvoirs proprement contentieux du juge, les pouvoirs *de police juridique* d'un administrateur *supérieur* » (M. HAURIOU, *Précis de Dr. Adm.*, 11e éd., 1929, p. 384) — que cette « juridiction essentiellement *disciplinaire* » est « la *conscience* de l'administration » (Georges RENARD, *Cours élém. de Dr. Publ.*, 1922, p. 62).

(249) *Traité*, p. 29, n° 14.

(250) Par référence aux termes mêmes de l'arrêt *Feutry* (v. *infra*, p. 154 et p. 276).

N'en serait-il donc plus ainsi ? *Le censeur, abdiquant sa raison d'être, s'interdirait-il à lui-même la censure ?* Alors, comment lui en faire un titre de préférence ? Comment sacrifier la compétence judiciaire à la compétence administrative sous le prétexte de la nécessité d'apprécier l'activité administrative ?

II. — Pourquoi, ensuite, l'introduction, l'exploitation et la généralisation, en Droit public, de la théorie parasite de « *l'organe* », que le Droit civil, d'ailleurs, n'ignore nullement, mais dont il use avec beaucoup de réserve, et qui se signale, nous l'avons vu, beaucoup moins par le caractère direct *de la responsabilité* que par celui *de la faute* et partant par *la confusion entre la responsabilité et la faute ?* Nous en avons déjà donné la raison de fond en indiquant (*supra*, p. 77 et s.) que ce système pose une nouvelle restriction au champ de la responsabilité de l'Etat qui, *limité, d'un côté, par* L'EXIGENCE *de la* FAUTE, *l'est, de l'autre, par* L'EXCLUSION *de la faute* PERSONNELLE :

« Le service, a écrit Maurice HAURIOU, est ce que, dans la théorie des personnes morales corporatives, on appelle un « organe », et les personnes morales sont engagées par leurs organes. Et, comme la personne morale et ses organes ne font qu'un, la responsabilité de l'administration qui est celle du service et la responsabilité personnelle du fonctionnaire *ne se cumulent point* à raison d'un même fait » (251).

Le fait de l'agent administratif *générateur du préjudice* n'est *générateur de responsabilité de l'Etat* que s'il constitue, AU MOINS ET AU PLUS, une faute « d'organe », une faute de — et du — service, une « faute administrative » (252). IRRESPONSABILITÉ EN DEÇA, IRRESPONSABILITÉ AU DELA. Ainsi, contrairement à l'ordre *rationnellement continu* de la nature des choses qui « ne fait pas de saut » l'irresponsabilité de l'Etat *saute*, par-dessus la faute de service, du fait *correct* à la faute *personnelle* (253). Nous réservant de revenir sur cette discontinuité (*infra*, p. 361), nous noterons seulement ici une nouvelle apparition de *l'interdépendance de la compétence et du fond* en notre matière. En effet, si la responsabilité de l'Etat était admise à raison de ce que nous appellerons : la *pure* faute per-

(251) *Police juridique et fond du droit*, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1926, p. 289. Il importe d'ajouter que, comme nous le verrons plus loin (*infra*, p. 356 à 360), ce n'est pas seulement au titre de la théorie de l'organe et de l'art. 1382 que la théorie du « *non-cumul* » ne constitue pas une originalité du Droit public, mais aussi au titre de l'art. 1384 lui-même.

(252) Comm. du gouv. TEISSIER, dans ses conclusions *Feutry*, *N. A. H.*, I, p. 577.

(253) V. *supra*, p. 64 et n. 155.

sonnelle de l'agent, c'est-à-dire sans la concomitance d'aucune faute de service (soit d'autres agents, soit de l'agent même auteur de la faute personnelle), il en résulterait un *cumul* de l'action en responsabilité ainsi admise contre l'Etat et de l'action en responsabilité personnelle existant, par définition de la faute personnelle, contre l'agent, lequel « cumul », sans être nécessairement identique à la *solidarité* n'en présente pas moins, avec celle-ci, dans le cas de dualité de compétence, ce caractère commun *d'exclure la compétence de la juridiction spéciale au profit de la compétence de la juridiction de droit commun* (254). Tout comme la solidarité — *ubi eadem ratio...* — le cumul « ATTIRE LA COMPÉTENCE » (255).

III. — Et pourquoi, enfin, cette peine prise par la doctrine pour trouver, à la responsabilité de l'Etat (256), un fondement différent de l'une ou l'autre raisons de la garantie incombant au maître d'un service *quelconque :* soit au titre de l'exécution de ses obligations, soit au titre de la puissance qu'il s'est constituée précisément par le service, alors que l'une et l'autre raisons valent *a fortiori*, nous l'avons vu, pour le maître du service public, pour l'Etat ? Pourquoi, devant la nécessité rationnelle, morale, sociale, en un mot : juridique de la réparation du préjudice *en soi, à raison de sa production même*, avoir dressé *cet écran :* « le principe de l'égalité de répartition des charges publiques » ? Pourquoi, nous sommes-nous déjà demandé (*supra*, p. 83), faire résulter la réparation de cette égalité qui, tout au contraire, résultera de la réparation ? La réponse est encore double. Réponse *de fond*, d'abord :

> « ces préoccupations de la justice distributive qui sont que l'Etat doit avoir un budget des indemnités à peu près fixe et que ce budget il s'agit de le répartir entre les victimes des préjudices de façon que chacune en ait un peu » (257).

Réponse *de compétence*, ensuite. Il est dangereux de vouloir trop prouver : c'est dans la dialectique pro-administrative d'un auteur belge, regrettant pour son pays l'absence d'une juridiction administrative, que l'on peut découvrir l'aveu — certes involontaire mais qui n'en est pas moins précieux — de l'avantage que présente,

(254) Cette qualification de la juridiction judiciaire sera justifiée au chapitre final de cette étude : Titre III, Chap. IV, p. 397 et s.

(255) Principe que nous retrouverons bientôt avec ses références, *infra*, p. 102. Nous aurons également lieu de revenir (*infra*, p. 356 et s.) sur la distinction entre la *faute de service* et la *faute personnelle*.

(256) A côté du prétendu fondement de la *faute de service*, qui, nous l'avons vu (*supra*, p. 75 et s.), n'en est pas un.

(257) M. HAURIOU, Note *Demoreuil, in fine*, S. 1927.III.105, *N. A. H.*, I, p. 667.

pour la thèse de la compétence administrative, le fondement de la responsabilité de l'Etat sur « l'égalité de répartition des charges publiques entre les citoyens ». Dans son ouvrage précité : *La responsabilité de la Puissance publique*, p. 412, M. René Marcq écrit :

« Faudra-t-il considérer comme portant sur un droit *civil* ou sur un droit *politique* (c'est nous qui soulignons) la contestation surgissant entre l'Etat et un particulier à l'occasion d'une demande d'indemnité faite par ce dernier ? Que prétend le particulier ? Il dit à l'Etat : « Dans votre action, vous m'avez causé un dommage. Vous avez ainsi fait peser plus lourdement sur moi que sur les autres citoyens les frais de votre organisation et de votre fonctionnement. Vous m'avez fait payer plus cher qu'aux autres citoyens les bienfaits des services publics. L'égalité des charges est rompue à mon préjudice, j'en demande réparation. » Que fait-il donc, si ce n'est discuter les charges qui dérivent pour lui de l'organisation étatique, si ce n'est rechercher les conséquences des liens l'unissant à l'Etat ? Le débat ne surgit-il pas dès lors à l'occasion de droits politiques » (258).

Et l'auteur de conclure — naturellement :

« N'appartient-il pas au législateur (belge) d'enlever la connaissance de ces contestations aux tribunaux judiciaires pour les confier aux tribunaux administratifs ? »

...*Tenemus lupum :* La transmutation de la « RÉPARATION CIVILE » en « RÉPARTITION PUBLIQUE » appelle, dans cette opinion, la transmutation de la compétence JUDICIAIRE en compétence ADMINISTRATIVE. C'est, d'ailleurs, la même préoccupation qui ressort de l'insistance déployée, par exemple, par M. Paul Duez, à présenter ce fondement de la responsabilité de l'Etat sur « l'égalité devant les charges publiques » — de même que le fondement sur la « faute du service public » — comme une de ces « théories autonomes du droit public » en vertu desquelles « la compétence des tribunaux administratifs s'impose » (259).

En résumé, la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat, que nous verrons établie par l'arrêt *Blanco* sur une raison de fond (260), a permis, en retour, la construction de théories de fond « tout ouvertes », toutes tendues, elles-mêmes, et par une nouvelle réciprocité, vers la compétence administrative. *Et l'habileté d'un tel enchevêtrement n'a d'égale que l'inextricabilité de l'obstacle qu'il oppose à la pénétration de la critique.* Tels

(258) Cette conception nous paraît formellement contredite par M. Roger BONNARD dans son récent ouvrage : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934, n° 31, p. 73 : « Le contentieux des réparations civiles... rentre dans la catégorie des droits subjectifs. »

(259) *R. P. P.*, p. 61, 11 et 185.

(260) Inapplicabilité du Droit civil à la responsabilité civile.

nous sont apparus, dans l'analyse qui précède, le but visé — et le résultat atteint — par la doctrine jurisprudentielle administrative de la responsabilité civile de l'Etat.

CONCLUSION DE L'INTRODUCTION

Bien que la collectivité sociale que nous ne voyons aucune raison de ne pas appeler une personne morale ne puisse commettre une faute, c'est-à-dire mal agir elle-même, puisqu'elle n'agit pas elle-même mais seulement par autrui, elle n'en est pas moins, *comme toute personne physique agissant aussi par autrui*, soumise — sauf statut, contractuel ou non, de limitations particulières — *à l'obligation de réparation* des préjudices procédant du fait, *fautif* ou *correct*, *fonctionnel* ou *personnel*, des agents *à son service*. Seulement, cette obligation de réparation *sans faute* DE LA PERSONNE OBLIGÉE constitue, à sa charge : non pas une *responsabilité* mais, proprement, une GARANTIE : garantie OBLIGATIONNELLE pour les préjudices consistant en le défaut d'exécution d'une obligation (contractuelle, ou légale, ou prétorienne, etc.) de la personne morale envers le demandeur — garantie DÉLICTUELLE pour les préjudices ne consistant pas en le défaut d'exécution d'une obligation envers le demandeur, mais dont *une cause* ou au moins *une condition* a été *posée* par *le fonctionnement* ou au moins par *l'existence* du *service*, *accroissement de puissance* de la personne morale.

Et cette conclusion *générale* vaut *a fortiori* pour cette personne *spéciale*, pour cette personne *souverainement puissante* mais aussi *souverainement morale et souverainement garante de la paix sociale par la sécurité :* L'ETAT.

APPENDICE

Articulation des responsabilités civiles de l'Etat et de l'agent administratif

La nécessité matérielle de nous borner nous a contraint, comme nous l'avons observé (*supra*, p. 51), à nous cantonner, pour l'examen de la situation juridique créée par le fait nocif du serviteur, dans l'examen du régime d'obligation en résultant *entre le maître du service et le tiers victime*. Mais, si l'on veut avoir une idée du bénéfice dont le Droit administratif s'est privé en se détachant du Droit civil — c'est-à-dire du Droit général (cf. *supra* Avant-Propos, p. 9 et *infra*, p. 405 et s.) — il suffit de considérer : non plus seu-

lement *le régime de maître à tiers*, mais aussi ce que nous appellerons : *le régime de serviteur à tiers*, dans l'hypothèse du préjudice *obligationnel*, c'est-à-dire : consistant en le *défaut d'exécution, par le serviteur, d'une obligation juridique préexistant à la charge du maître envers le demandeur, de ce chef, en responsabilité.* S'il s'agissait, à la vérité, d'un préjudice délictuel (c'est-à-dire : *ne consistant pas en un tel défaut d'exécution* d'une obligation préexistante du maître), le serviteur agent serait (sauf à prouver contre lui qu'il a manqué de loyauté ou de prudence), responsable LUI-MÊME envers la victime du dit préjudice et SOLIDAIREMENT avec le maître. Mais, en matière obligationnelle, au contraire, l'obligation du maître (dont le défaut d'exécution est générateur de l'obligation de réparation du maître) constituant *une relation particulière entre le créancier et le débiteur*, il en est de même *du défaut d'exécution de cette obligation*, défaut d'exécution qui est, comme l'obligation elle-même, RES INTER ALIOS ACTA à l'égard de toute autre personne, et, NOTAMMENT, DE L'AGENT CHARGÉ, PAR LE DÉBITEUR — et sans intervention du créancier — DE L'EXÉCUTION. Sous l'angle *particulier et déterminé* de l'exécution de cette prestation, LE SERVITEUR ET LE CRÉANCIER, JURIDIQUEMENT, S'IGNORENT. « Entre les salariés et les clients, il n'y a aucun rapport contractuel, observe M. le professeur Pierre Voirin dans son magistral article : *Etude juridique du pourboire*, R. Tr. Dr. Civ., 1929, p. 309, ILS SONT, LES UNS PAR RAPPORT AUX AUTRES, DES TIERS ». (*Adde :* Note de cet auteur sur le même objet au D. P. 1930.I.37). Autrement dit : le client est, pour le serviteur, un *tiers*, non seulement au sens de « *troisième* », mais aussi au sens d' « *étranger* » (cf. *supra*, p. 66, n. 166). Il s'agit de réparer la violation d'un droit. Or, quel droit, ici, est violé ? Avec Raymond Saleilles (*Théorie de l'oblig.*, 2e éd., 1901, n° 332, p. 431), il faut transformer cette question en la suivante : Quel droit, ici, existe ? Réponse : un et un seul. C'est le droit du créancier *à l'égard du débiteur* de l'obligation envisagée. Selon la très juste formule de Léon Michoud, avec laquelle s'accorde celle précitée de M. Pierre Voirin, le serviteur est « PERSONNELLEMENT ÉTRANGER » à cette obligation du maître (Note précitée sous Pau, 28 déc. 1891, S. 1892.II.297). « Il ne s'agit pas de savoir, observe encore très justement M. Emmanuel Lévy (*Resp. et contr.*, R. Crit., 1899, p. 365) si, *d'une façon absolue*, il y a atteinte à un droit : il s'agit de savoir s'il y a atteinte à un droit *qui existe par rapport à nous* ». « Si le préposé, écrit M. R. Demogue (*Oblig.*, V, n° 1245, p. 559), viole le contrat (lire : *l'obligation*) dans des conditions telles que l'acte ne soit qu'une mauvaise exécution du contrat (lire : *de*

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

l'obligation), la responsabilité contractuelle (lire : *obligationnelle*) interviendra seule : ON NE POURRA AGIR QUE CONTRE LE COMMETTANT ». A une condition, toutefois, préciserons-nous : c'est que, de la part du serviteur défaillant, le défaut d'exécution ne soit pas *dolosif*. Par son dol, par sa mauvaise foi, par ses machinations — *fraus omnia corrumpit* — il se dépouille de l'immunité attachée à sa qualité de tiers : « *litem suam facit* ». Il n'est plus, au regard du créancier, un étranger : il est la personne qui a entravé *agressivement* — donc « *personnellement* » — la réalisation de son droit. *La personnalité de son fait détermine celle de sa responsabilité*. Par contre, et toujours en vertu de la règle souveraine : RES INTER ALIOS qui, à nos yeux, ne saurait fléchir que devant la seule règle : FRAUS OMNIA CORRUPIT, nous considèrerons que l'immunité du serviteur exempt de dol envers le créancier du maître doit s'étendre au défaut d'exécution, même par faute *lourde*, même par infraction *pénale — non intentionnelles*.

Or, *que l'on applique en Droit administratif*, en service public, ces observations, *qui n'impliquent en rien le caractère privé du service*, les conséquences en seront les suivantes. L'agent administratif étant « PERSONNELLEMENT ÉTRANGER » aux obligations administratives de l'Etat *envers les administrés* NE SAURAIT, EN AUCUNE MANIÈRE, ÊTRE MIS EN CAUSE à raison du simple défaut d'exécution (non dolosif) de telles obligations. La même raison qui a fait décider, par la cour de Pau (arrêt précité du 28 déc. 1891, S. 1892.II.297) qu'un propriétaire de chevaux ayant à se plaindre d'une *décision* des *commissaires* d'une société d'encouragement, et spécialement d'une *pénalité* prononcée par eux (la disqualification à vie), « la question de savoir si les commissaires avaient, ou non, violé les statuts devait s'agiter entre le propriétaire ET LA SOCIÉTÉ », la même raison qui a déterminé cette MISE HORS DE CAUSE des « commissaires » « *spécialement chargés de prendre les mesures d'ordre et de police qu'ils jugeraient utiles* » et ayant pris, au titre de ce mandat, la « *décision* » répressive incriminée — *la même raison* ne devait-elle pas déterminer automatiquement la MISE HORS DE CAUSE du général *de Ladmirault*, du préfet de l'Oise et du « commissaire » de police de Creil, mis personnellement en cause par le sieur *Pelletier* propriétaire du journal « Le Devoir » à raison d'une « décision » également répressive, de saisie (Tr. Confl., 30 juill. 1873, *Pelletier*, D. P. 1874.III.5) — et la MISE HORS DE CAUSE du préfet de Maine-et-Loire mis personnellement en cause par le sieur *Laumonnier-Carriol* à raison d'une « décision » encore répressive, de fermeture d'une manufacture d'allumettes en vue d'un intérêt

financier de l'Etat (Tr. Confl., 5 mai 1877, *D. P.*, 1878.III.13) — et, à combien plus forte raison, la MISE HORS DE CAUSE des deux malheureux agents des postes *Cliquet* et *Coignand*, personnellement mis en cause par le sieur *Godart* à raison de l'omission, par pure légèreté, de la remise d'un télégramme, et livrés au bras séculier par le Tribunal des Conflits (7 juin 1873, *Godart*, Rec. 1873, 1er Suppl., p. 109, avec l'avis du ministre de l'Intérieur), alors que ce remarquable avis (précité, *supra*, p. 37) du ministre de l'Intérieur portait si justement : « Aucun devoir GÉNÉRAL n'oblige PERSONNE à remettre une dépêche télégraphique à son adresse, PAS PLUS QU'A effectuer le transport d'un colis » — et, encore *a fortiori*, la MISE HORS DE CAUSE du non moins infortuné facteur *Rimbaud*, personnellement mis en cause pour faux aiguillage d'une lettre par inattention, et, lui aussi, sacrifié par le Tribunal des Conflits (4 juillet 1874, *Rimbaud*, Rec. p. 643, avec l'avis de la direction gén. des Postes), malgré l'opposition irréprochablement juridique développée dans le dit avis — et, plus évidemment encore, la MISE HORS DE CAUSE de la dame télégraphiste qui, ayant, par erreur, transmis, pour un sieur *Lalanne* : « Revenir Luxey » au lieu de : « Inutile revenir Luxey », a été aussi taxée par le Tribunal des Conflits de « faute personnelle » (1er août 1885, *Lalanne*, Rec. p. 749). Certes, les anomalies que constituaient, au regard de la logique juridique, ces trois derniers arrêts du Tribunal des Conflits : *Godart*, *Rimbaud*, *Lalanne*, ont été vite redressées par des décisions contraires sur des espèces de même ordre : Tr. Confl., 7 déc. 1899, *Deyres*, Rec. 729 ; 2 mars 1906, *Vve Sureau*, Rec. 196 ; 8 juin 1907, *Hévin*, Rec. 536 — où de semblables erreurs commises de bonne foi ont été reconnues *faits de service* et l'on est arrivé à cette formule dégagée par M. Marcel Moye, *Exam. doctrinal*, R. Crit., 1908, p. 404. « Si le facteur a *volontairement* détruit ou égaré la correspondance et que cela soit prouvé, il a commis une faute *personnelle*... Si, au contraire, il s'agit d'une simple distraction..., il n'y a plus qu'une faute *de service* ». Mais, s'il est inéluctable que la raison finisse toujours par avoir raison, il eût été préférable qu'elle commençât par là... surtout auprès de la plus haute juridiction. Et ainsi en aurait-il été, nous ne pouvons que le répéter, *sans l'abîme creusé* entre le Droit administratif et le Droit civil, entre le service public et le service privé. Et, SANS CET ABÎME, L'ARRÊT PELLETIER, COMME L'ARRÊT LAUMONNIER-CARRIOL LUI-MÊME, DEVIENNENT INUTILES. Bien mieux, *au lieu d'en être réduite à dissimuler, à camoufler sous le manteau de la compétence un prétendu privilège de ses agents, l'administration pourra revendiquer au grand jour, et non plus seulement enve-*

loppée de ce prétexte de compétence, mais de plein droit, la MISE HORS DE CAUSE *de ses agents à raison de leurs faits, même fautifs, de service.* Aussi bien, pour lever tout scrupule sur la légitimité du rapprochement entre les mandats et pouvoirs des commissaires de la société d'encouragement et ceux des fonctionnaires impliqués dans les affaires *Pelletier* et *Laumonnier-Carriol*, suffirait-il de se reporter à ce passage de la note précitée de Léon Michoud sous l'arrêt de Pau, touchant les dits « commissaires » : « Armés en fait, contre les personnes qui fréquentent l'hippodrome, *d'un pouvoir étendu*, pouvant atteindre celles-ci gravement *dans leur fortune et dans leur honneur*, ils commettraient certainement une faute en se prononçant à la légère *sans observer les formalités prescrites par les règlements.* » En est-il autrement des fonctionnaires ? Que si l'on juge, avec Léon Michoud et contre la cour de Pau, qu'une telle faute de *commission* eût justifié la mise en cause des agents de la société, cette mise en cause n'en demeurerait pas moins selon Léon Michoud lui-même, inconcevable pour « de simples manquements », en particulier de *pures omissions* — et ce serait déjà un présent considérable du Droit privé au Droit public. Il nous paraît difficile de ne pas être frappé de l'intérêt que présente, en cette matière de la *responsabilité des fonctionnaires* — non pas certes la confusion — mais du moins la confrontation, la composition, par nous préconisées (*supra*, Av.-Prop., p. 7), du Droit public et du Droit privé. Mais l'ambition de notre étude est, précisément, de montrer que le bénéfice ne se limite pas à cette matière...

Que si, par contre, il s'agit de la garantie DE L'ETAT CONTRE la FAUTE PERSONNELLE de *l'agent* lorsque, par application — avouée ou inavouée — de la théorie du « cumul », il en est lui-même déclaré responsable, *la base offerte par le Droit civil du service privé n'est pas moins précieuse.* Cette solution est la SOLIDARITÉ entre la responsabilité toujours délictuelle du serviteur, et la responsabilité, soit délictuelle, soit même contractuelle, du maître : « La solidarité, écrit M. R. Demogue, est même applicable entre dettes *de diverses natures*... il y a solidarité entre ces dettes, l'une délictuelle, l'autre contractuelle (pour nous : obligationnelle) » (*Oblig.*, IV., n° 773, p. 484, avec la jurisprudence citée). Nous sommes loin, on le voit, de l'opinion de M. André Fliniaux qui, dans son étude sur le « *Cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative* » (R. Dr. Publ., 1921, p. 350 et note 1), refuse — et à la faveur d'une référence civiliste — d'admettre la solidarité entre les responsabilités, envers le tiers victime, du serviteur et du maître publics. Infiniment plus conforme à la

vérité juridique nous apparaît, au contraire, la solution proposée par notre maître éminent, M. le professeur Louis Trotabas, dans son *Rapport général au Congrès international de Droit comparé*, à La Haye (2-6 août 1932) (R. Dr. Publ., 1932, tirage à part, notamment p. 16 et p. 20) à savoir : LA SOLIDARITÉ. *Solidarité* trop longtemps et arbitrairement repoussée en tant que « cumul ». *Solidarité* vers laquelle la nature et la force des choses — et la « révolte des faits » — entraînent de plus en plus irrésistiblement ses plus irréductibles adversaires. *Solidarité* avec « formule à préciser », *solidarité* « à aménager », il est vrai, selon les propres expressions du savant auteur du Rapport précité — et, pour cet aménagement, nous proposons :

1° Que, contrairement au serviteur privé qui, dans le cas du préjudice délictuel, peut être mis en cause par la victime, *à raison de toute faute*, même *de service*, même *la plus légère*, le serviteur public administratif ne puisse *jamais* être *mis en cause personnellement* par la victime qu'à raison *de son fait personnel :* c'est-à-dire : *accompli pour son compte — donc :* A SON COMPTE — *personnel.*

2° Que *l'action récursoire de l'Etat* ne s'exerce contre lui *que dans ce même cas*, et que la décision sur le principe, comme sur la quotité, de l'imputation appartienne au Ministre intéressé avec possibilité de recours, pour l'agent, *à l'arbitrage suprême du Conseil d'Etat.*

3° Que la discrimination entre le *fait de service* et le *fait personnel* appartienne *uniquement*, comme un véritable « JUDICIUM NOXALE », à l'administration et sous le contrôle : non du Tribunal des Conflits, mais du Conseil d'Etat, et cela *pour les trois raisons suivantes :*

a) Il s'agit, en dernière analyse, de la fixation d'une incidence pécuniaire, d'un RÈGLEMENT DE COMPTE, nous le répétons, *entre l'Etat et un de ses agents* — la mise hors de cause de l'agent déterminant *la mise en cause de l'Etat* (Cf. *infra*, p. 358).

b) La question de savoir si le fait d'un agent administratif est de nature à PASSER — OU NON — AU COMPTE PERSONNEL DE L'AGENT, implique une pénétration dans le domaine, l'organisation et le fonctionnement de l'activité administrative *que la séparation des pouvoirs interdit* non seulement à l'autorité judiciaire (v. *l'admirable arrêt :* Civ., 11 juin 1912, *Bouisson* c. *Desclaux*, S. 1912.I.394), mais même au Tribunal des Conflits, *en ce qu'il comprend des membres judiciaires* (Cf. *infra*, p. 453 et s.).

c) Enfin, raison *pratique* et *décisive : il n'est pas de moyen au monde* d'empêcher l'administration *de payer à la place* de ses

agents, ou *de leur rembourser*, comme elle le fait couramment, le montant de leurs condamnations civiles — voire pénales — à raison de faits jugés « personnels » par les tribunaux (cf. observation de M. Caillaux au *J. O.* du 12 juill. 1898, p. 2069) — mieux : de leur donner de l'avancement ! Exemple : l'instituteur *Morizot*, héros du célèbre arrêt : Tr. Confl., 2 juin 1908, S. 1908.III.81 ; condamné à 200 francs de dommages-intérêts par la Cour de Dijon (28 déc. 1908, S. 1909.II.16) ; promu à la classe... supérieure avec augmentation de traitement de 200 francs... (d'après Emilien Bernard, *Resp. pers. des fonctionnaires*, thèse Bordeaux 1909, p. 186). Pense-t-on atteindre le bras quand la tête le défend ? (Cf. p. 441, 452).

Sous ces seules réserves d'aménagement, de transposition par « composition » (cf. *supra*, p. 7), on voit donc que *le Droit civil du service privé* offre *au Droit administratif du service public :*

I. — Pour le cas du FAIT DE SERVICE consistant en un défaut d'exécution, par l'agent, d'une obligation administrative de l'Etat, une justification *rigoureusement juridique* de la MISE HORS DE CAUSE de l'agent ;

II. — Pour le cas du FAIT PERSONNEL, cette solution, cette base précieuse, avons-nous dit : LA SOLIDARITÉ présentée, nous nous permettons également de le rappeler, au dernier Congrès international de Droit comparé de La Haye, par M. Louis Trotabas, comme l'asymptote vers laquelle doit tendre le régime de « *la responsabilité de l'Etat en droit interne* »... Or, de l'aveu, autorisé entre tous, d'un des plus éminents magistrats administratifs ayant attaché leur nom à la question de la responsabilité dans le service public, M. le Commissaire du Gouvernement Corneille, dans ses concl. *Thévenet*, Cons. d'Et., 23 juin 1916, R. Dr. Publ., 1916, p. 38 *in fine ;* « LA SOLIDARITÉ ATTIRE LA COMPÉTENCE »... ce que la jurisprudence, expressément, confirme : cf. Trib. comm. Le Havre, 8 févr. 1928 ; Paris, 18 févr. 1928 ; tous deux cités dans la Table quinqu. 1925-1930 de la Gaz. Pal., t. I, p. 411, vol. 2, *in fine*, n° 4 et n° 5.

TITRE PREMIER

LA PRÉHISTOIRE DE L'ARRÊT BLANCO

PARAGRAPHE PRELIMINAIRE

La double question — compétence de fond — de la responsabilité de la Puissance publique Objet et division du présent Titre

L'interdépendance entre la compétence et le fond, que nous avons annoncée dès l'abord (*supra*, p. 6 et n. 3), puis relevée (p. 87 et s., 93 et s.) en la matière de la responsabilité de la Puissance publique, nous a déjà conduit et nous amènera encore à connaître, en cours de route, de la conception et de l'organisation françaises de la responsabilité de l'Etat dans la mesure des besoins de notre étude. Nous aborderons donc directement la question de compétence en nous bornant, quant au fond, à l'indication des références suivantes pour la connaissance de ce que la responsabilité de l'Etat *a été*, de ce qu'elle *est*, de ce qu'elle *doit être*.

Ce qu'elle a été dans les législations de l'antiquité, auxquelles « l'idée qu'il peut exister des droits individuels, des droits privés, opposables à la souveraineté, paraît avoir été absolument étrangère » (1) — *ce qu'elle a été* dans notre ancien droit monarchique, où la raison d'orgueil et la raison d'argent s'accordaient *en la personne physique* d'un prince pour lui faire peu goûter le principe de la responsabilité d'un Etat qui était... « *lui* » — on le trouvera dans l'ouvrage, demeuré classique, de M. Georges Teissier (2).

Ce qu'est actuellement la responsabilité de la Puissance publique en fonction du principe révolutionnaire de la « garantie des droits » individuels : « liberté, propriété, sûreté » et spécialement de « l'in-

(1) G. Teissier, *R. P. P.*, n° 6.
(2) *Ibid.*, Titre préliminaire.

violabilité de la propriété » (3) — forme l'objet de développements plus ou moins étendus dans tous les traités généraux de Droit administratif, y compris l'ouvrage capital de M. Jean Appleton (4), et plus précisément dans le savant traité spécial de M. Paul Duez (5). Mais, en regard de ces œuvres doctrinales ne visant, comme nous l'avons observé (*supra*, p. 73), qu'à des systématisations de la jurisprudence administrative, il convient de signaler tout particulièrement un document constituant une synthèse à la fois objective, intégrale et précise des traits essentiels de l'organisation française actuelle de la responsabilité civile de l'Etat : *le Rapport particulier* présenté pour la France au Congrès international de Droit comparé à La Haye (2-6 août 1932), par M. Louis Trotabas (6), sur la *Responsabilité de l'Etat en droit interne français*.

Si *ce qu'est* actuellement, en France, la responsabilité civile de l'Etat, apparaît exactement et avec toute sa *perfectibilité* dans le Rapport *particulier* précité de M. Louis Trotabas, on voit la *perfection* de *ce qu'elle doit être*, idéalement à notre humble avis, dans le magistral *Rapport général* établi par le même auteur à la demande et au nom du Congrès international, sur la *Responsabilité de l'Etat en droit interne* (7).

C'est sous le bénéfice de la haute autorité de ces références touchant, quant au *fond*, le passé, le présent et l'avenir de la responsabilité civile de la Puissance publique, que nous abordons la question de *compétence*. Celle-ci étant actuellement résolue d'après l'arrêt *Blanco*, nous nous proposons, dans le présent Titre, de jeter un rapide regard sur ce que nous appelons : la préhistoire — et nous

(3) Articles 2 et 17 de la *Déclaration des droits* de 1789. Quant au principe de « l'égale répartition » de la « CONTRIBUTION » à « l'entretien de la force publique » et aux « dépenses d'administration » (article 13), nos précédentes observations (*supra*, p. 81 et s.), sur le fondement de la responsabilité de la Puissance publique expliquent pourquoi nous nous refusons ici à mentionner, en matière de *responsabilité*, cette disposition exclusivement *fiscale*, mesure de justice purement distributive, et dont le principe est tout au plus extensible, faute de base commutative, a la solidarité dans les malheurs publics (cf. *supra*, n. 229 de la p. 86).

(4) *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927.

(5) *Responsabilité de la Puissance publique en dehors du contrat*, 1927. *Adde:* Roger BONNARD, Note sous Cons. d'Et., 23 janv. 1931, au S. 1931.III.97 (*Dme et Dlle Garcin*).

(6) Ce rapport a été publié en français dans la *Revista de Drept public* (roumaine), année 1933 (Bucarest), et il en a été fait, par l'éditeur E. Marvan, un tirage spécial. Nous avons déjà eu l'occasios de le citer *supra*, p. 92.

(7) Ce *Rapport général* a été publié par la *Revue du Droit Public*, 4e trim. 1932, et il en a été également fait un tirage spécial, auquel correspondent nos références.

précisons : jurisprudentielle (8) — de cette décision depuis 1789, point de départ, venous-nous de voir, de l'ère nouvelle de la responsabilité civile de la Puissance publique, jusqu'à 1873, l'année de l'arrêt *Blanco*.

Au cours de cette période, deux systèmes s'affrontent : la thèse administrative et la thèse judiciaire. Nous les examinerons en deux Chapitres successifs, et, dans un troisième, *nous ferons* ensuite *le point* à la veille de l'arrêt *Blanco*.

(8) Pour ce qui est de la *législation*, elle ne s'est intéressée à la question de compétence qui nous occupe que par la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4, portant compétence administrative pour la matière des travaux publics — et, inversement, par plusieurs groupes de textes spécifiant, au contraire, la compétence judiciaire, fait dont nous tirerons, le moment venu, les conséquences voulues (cf. *infra*, p. 400 et s.). Pour la *doctrine*, dont l'intérêt apparaît aussi relatif que rétrospectif, nous nous bornerons à quelques indications (v. *infra*, p. 123).

CHAPITRE PREMIER

LA THESE ADMINISTRATIVE DE 1789 A 1873

Sur les assises formelles de la Constitution (cf. *supra*, p. 103), il pouvait paraître malaisé de rétablir le dogme de l'irresponsabilité de la Puissance publique. Mais l'administration, qui — nous devons lui rendre ce témoignage — n'a jamais reculé devant la difficulté, peut, à juste titre, s'appliquer, sur ce point, la maxime des Géorgisques :

.....Labor omnia vincit
Improbus..... (9)

Avec une remarquable suite dans les idées et un véritable génie tactique digne d'une meilleure cause, l'administration, comme nous l'avons déjà annoncé, mena l'attaque sur deux fronts : compétence et fond. Elle prétendit écarter — sauf disposition contraire expresse de la loi.

— d'une part, la compétence de la juridiction judiciaire ;

— d'autre part, l'application, au fond, des articles 1382, 1383, et, surtout, 1384 du Code civil.

Soit : un « *privilège de juridiction* » et un « *privilège de droit* » (10).

Bien mieux — et ceci qui, à notre connaissance, n'a pas encore été ainsi dégagé n'a pas peu compliqué la question — chacun de ces deux privilèges s'est trouvé, à la fois, utilisé par rapport à l'autre, comme *fin* et comme *moyen*. Le privilège de droit est évidemment

(9) Cf. *infra*, n. 26 de la p. 112.

(10) Cf. Georges Renard, *Cours élém. de Droit publ.*, 1922, p. 61. — Comment, en cette matière : responsabilité *de l'Etat*, ces deux privilèges peuvent être *pour l'administration*, c'est ce que nous examinerons plus loin (*infra*, p. 307 et s.). Nous les avons d'ailleurs, déjà vus à l'œuvre (v. dernier paragr. de notre Introd., *supra*, p. 87 et s.).

le but visé, mais il n'en constituera pas moins un argument — parfois même, nous le verrons, le seul argument — en faveur du privilège de juridiction. Quant à celui-ci, il sera revendiqué : soit, nous le répétons, au moyen de celui-là, soit à la faveur d'une argumentation propre, mais, dans un cas comme dans l'autre, le privilège de juridiction servira merveilleusement le privilège de droit ; il lui rendra largement ce que celui-ci, en l'appuyant, attendait de lui (11). Bref, pour se soustraire aux désagréments personnels que lui paraît présenter *pour elle* la responsabilité civile *de l'Etat* à raison du fait d'agents *administratifs*, l'administration divisera élégamment la difficulté en deux temps, savoir :

1er TEMPS. — L'administration revendiquera la juridiction administrative, « *sa* » juridiction : « *Hanc jurisdictionem meam esse aïo* » (12).

2e TEMPS. — L'administration revendiquera, de « *sa* » juridiction, l'irresponsabilité de l'Etat *secundum subjectam materiam*.

Le juge — pour avoir le jugement (13) — voilà *le but*. Et voici *la marche d'approche*.

La marche d'approche n'a précisément brillé, ni par sa certitude, ni par sa rectitude. De 1789 à 1873, on ne compte pas moins de *quatre* systèmes différents, de quatre phases successives, savoir :

I. — 1789 à 1850.
II. — 1850 à 1852.
III. — 1852 à 1861.
IV. — 1861 à 1873.

SECTION I

PREMIÈRE PHASE : 1789 A 1850
RÈGLE DE « *L'ÉTAT DÉBITEUR* »

Dans un arrêt du Conseil d'Etat sur conflit en date du 26 août 1835, *Clament-Zuntz*, s'affirme, en matière de « dettes de l'Etat »,

(11) Echange de bons offices que nous avons déjà relevé (*supra*, p. 87 et s.).

(12) SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure administratives dans leurs rapports avec le Droit civil*, 1865, nº 160, p. 227. — Cf. *infra*, p. 399, n. 1.

(13) Exagération ?... Qu'on en juge : « Le jugement sur la compétence qui écartait la compétence judiciaire ÉQUIVALAIT A UN DÉNI DE JUSTICE parce que LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE REFUSAIT, AU FOND, DE RECONNAÎTRE LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE. » Ainsi s'exprime un auteur aussi considérable que fidèle tenant de la thèse de l'arrêt *Blanco* : M. Pierre DARESTE, *Voies de Recours*, 1914, p. 534, n. 1, et encore p. 541, n. 1, et p. 543, n. 2.

la référence à un prétendu principe qui, à la vérité, s'était déjà annoncé depuis longtemps, non seulement comme solution d'espèce pour les réclamations de certaines créances anciennes sur l'Etat (14), mais même comme règle générale invoquée dès l'arrêté directorial du 2 germinal an V (SIREY, *Lois*, I, p. 417) et ainsi formulée en 1827 par Merlin :

« Il est aujourd'hui de principe que les tribunaux ne peuvent connaître des actions qui tendent à faire déclarer « L'ÉTAT DÉBITEUR » (15).

C'est sur ce « principe » souverain, sur cet argument péremptoire, que, jusqu'à 1850, confirmant les conflits élevés par l'administration en notre matière, le Conseil d'Etat a fondé le dogme de l'incompétence de la juridiction judiciaire à l'égard des actions en responsabilité contre l'Etat (16).

La certitude de ce « principe » souverain, la rectitude de cet argument péremptoire, nous en acceptons pour quelques instants l'augure... et nous arrivons à la deuxième phase, au deuxième système, à la deuxième... vérité.

SECTION II

DEUXIÈME PHASE : 1850 A 1852
ARRÊT *MANOURY*

En 1850, changement à vue. Le premier Tribunal des Conflits est né de l'article 89 de la Constitution de 1848. Pour sa décision d'essai, il veut une décision de maître. La règle de « l'Etat débiteur » que le Conseil d'Etat avait adorée sans mesure, le premier

(14) Par exemple : Cons. d'Et. sur Confl., 6 janv. 1807, *Barry;* 4 mars 1819, *Desgraviers;* 11 août 1819, *Beauvais;* 13 nov. 1882, *Vve Lecoste;* 4 fév. 1924, *Bourbon-Conti;* 26 oct. 1828, *de Bégu.*

(15) MERLIN, *Rép. de jurispr.*, 5e éd., 1827, t. IV, v° *Dette publique*, p. 533.

(16) Cons. d'Et., 26 août 1835 précité, *Clament-Zuntz*, Rec. p. 185; 29 oct. 1839, *de Venancourt;* 8 août 1844, *Dupart*, D. P. 1845.III.3 et S. 1845.II.58; 9 fév. 1847, *Legat*, S. 1847.II.380 et Rec. p. 78; 20 août 1847, *Beauzemont*, Rec. p. 576. Sur la première et la troisième de ces décisions, nous présenterons une observation. Dans l'affaire *Clament-Zuntz*, le ministre des Finances avait, par trois fois, déclaré à la Chambre des Pairs que, si les parties, après s'être adressées à lui, n'étaient pas satisfaites, elles auraient leur recours devant les tribunaux (*Moniteur* du 10 février 1835, p. 287). Là-dessus... élévation du conflit !... En ce qui concerne l'arrêt *Dupart*, nous noterons que, dans l'arrêté de conflit du préfet de l'Hérault, on découvre la primeur de ce considérant : « que la responsabilité... de l'administration *n'est pas générale et absolue...* » Formule... que nous avons déjà rencontrée (*supra*, p. 66) et que nous retrouverons (*infra*, p. 142, n. 9 et 260).

Tribunal des Conflits la brûle sans ménagement. Il ne lui accorde même pas l'honneur de la nommer ! (17) Et si, « vingt ans après », la mémoire de cette « règle » est évoquée devant le second Tribunal des Conflits, c'est pour se voir reprocher d'avoir « malheureusement prêté sa formule à la doctrine du Conseil d'Etat » (18).

Quel système supérieur, quel « progrès sur l'état de choses antérieur » (19) nous propose donc le premier Tribunal des Conflits dans les décisions mémorables qui ont marqué ses trois ans d'existence (20) ? La reconnaissance de la compétence judiciaire ? Bien au contraire : une nouvelle raison à l'appui de la compétence administrative.

« Considérant (arrêt *Manoury* précité) que ce n'est que par l'examen des règlements administratifs... qu'il est possible de déterminer dans quel cas l'agent... doit être réputé avoir fait un acte dépendant de ses fonctions et susceptible d'être couvert par la responsabilité de l'administration ; qu'un semblable examen de la part du Tribunal impliquerait nécessairement l'interprétation des règlements relatifs au service... et qu'ainsi l'autorité judiciaire s'immiscerait dans l'appréciation et l'application d'actes administratifs dont les lois ci-dessus visées sur la séparation des pouvoirs lui défendent de connaître ».

Certes, le premier Tribunal des Conflits — mieux inspiré, nous le verrons, que le second (21) — a adopté un *motif* en rapport, en cohérence, avec le *visa*, mais ce motif n'en prête pas moins, en soi, à de graves objections.

D'abord, il procède d'un *postulat* et d'une *équivoque*. L'équivoque, c'est le mot « *couvrir* », qui implique, à la fois, *substitution* — ou *superposition* — de la responsabilité de l'Etat. Le postulat, c'est que cette « couverture » implique un acte « *dépendant des* » fonctions alors que, si l'on se réfère au fondement de la responsabilité du maître tel que nous avons essayé de l'établir (cf. *supra*, p. 58 et s.), il s'agit, pour l'Etat : non pas de « *responsabilité* » mais de « *garantie* » et que, pour le jeu de cette garantie, il n'est pas nécessaire que l'acte de l'agent « dépende des » fonctions, qu'il soit *causé par le fonctionnement* du service mais qu'il soit seulement *conditionné par la simple existence* du service (cf. *supra*,

(17) Dans *Les Transformations du Droit Public*, 1913, p. 171, Léon Duguit écrit que : « *le premier Tribunal des Conflits invoquait les lois relatives à la règle de l'Etat débiteur* »... L'erreur a disparu dans le *Traité de Dr. Const.*, t. III, 1923, p. 44.

(18) Conclusions David dans l'affaire *Blanco*, cf. p. 178 et 187.

(19) Laferrière, *Traité*, 2e éd., t. I, 1896, p. 251.

(20) Trib. Confl., 20 mai 1850, six arrêts : *Manoury*, etc..., etc..., *Lavigerie*, D. P. 1850.III.65 ; 17 juill. 1859, *Letellier*, D. P. 1851.III.35 ; 28 nov. 1850, *Leclerc ;* 7 avr. 1851, *Cailliau*, D. P. 1851.III.35.

(21) Cf. *infra*, p. 144 et n. 13.

p. 61, 62 et n. 152), circonstance dont la vérification s'opérant *de l'extérieur* n'implique *en rien* la « connaissance » d'actes administratifs.

Mais ensuite — et surtout — en admettant que cette conception actuelle de la responsabilité — ou, plus exactement, de la « garantie » — du fait d'autrui ne pût être exigée du premier Tribunal des Conflits, il demeure que, *sous le prétexte* d'une *simple* question *préjudicielle*, dont la solution — quoi qu'on ait dit — « n'emportait pas le fond » au point de « déplacer la compétence » (22), l'arrêt *Manoury* a précisément opéré ce déplacement, *en absorbant le principal dans le préjudiciel, en transférant au juge du préjudiciel le jugement du principal.* Ainsi le haut Tribunal inaugurait ce que nous appellerons plus loin : ce système du TOUT OU RIEN, si profitable à celui qui peut — d'autorité — s'adjuger le TOUT... mais système auquel nous le verrons s'empresser de renoncer lorsque ce TOUT lui est précisément interdit, et que, se souciant peu d'être réduit à RIEN, il s'estime fort aise du PEU qu'il peut sauver (23).

Aussi bien l'avènement du Second Empire allait-il entraîner la disparition du premier Tribunal des Conflits, et l'apparition d'une troisième... vérité.

SECTION III

TROISIÈME PHASE : 1852 A 1861
ARRET *ROTHSCHILD*

Le décret du 25 janvier 1852 restituait au Conseil d'Etat le pouvoir de décision sur les conflits et la haute Assemblée semble avoir voulu esquisser, à l'adresse du défunt Tribunal des Conflits, un geste d'élégante courtoisie, qui fut son arrêt *Perregaux*, du 10 mars 1853 : « Considérant que l'appréciation de l'action est subordonnée à l'examen et à l'interprétation des règlements. »

(22) Cf. *infra*, p. 316, n. 148.

(23) Cf. *infra*, p. 318. A la décharge — relative — de l'arrêt *Manoury*, nous reconnaîtrons que la Cour de Cassation, dans son arrêt Civ., 3 juin 1840, *de Rotrou*, S. 1840.I.625 (cf. *infra*, p. 122 et s.), avait elle-même, par un excès de scrupule de nature à rassurer les adversaires de la compétence judiciaire, créé un précédent de cette absorption de la compétence principale judiciaire par la compétence préjudicielle administrative.
Par ailleurs, l'arrêt *Manoury* n'est pas le seul indice de l'esprit administratif du premier Tribunal des Conflits. Nous aurons bientôt l'occasion d'en relever d'autres (v. *infra*, p. 128 et n. 50).

Et puis, sur cette révérence... c'en est fini de la « vérité » du Tribunal des Conflits de la Première République. Par contre, qui voyons-nous ressusciter triomphalement, deux ans plus tard, avec l'arrêt *Rothschild*, du 6 décembre 1855 ? La règle de « l'Etat débiteur »... (24). Ainsi Chantecler commandait à ses poules :

« *Apparaissez, disparaissez, reparaissez...* »

Voici la teneur de cet arrêt *Rothschild*, père de l'arrêt *Blanco* (25):

« Considérant qu'aux termes des lois susvisées, les fonctions judiciaires sont distinctes et doivent demeurer toujours séparées des fonctions administratives, que défenses sont faites aux tribunaux de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions et de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient.

« Considérant que c'est à l'administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; qu'il lui appartient de déterminer *les rapports* qui s'établissent, à l'occasion de ces services, entre *l'Etat, les nombreux agents* qui opèrent en son nom, *et les particuliers* qui profitent de ces services, et, dès lors, de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des *droits et obligations réciproques qui en doivent naître ;* que *ces rapports, ces droits et ces obligatoins ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil* et comme ils le sont de particulier à particulier ; que, notamment, en ce qui touche la responsabilité de l'Etat en cas de faute, de négligence ou d'erreur commises par un agent de l'administration, *cette responsabilité n'est ni générale ni absolue*, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service ; que, dès lors, l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure.

« Considérant, d'autre part, que *c'est à l'autorité administrative qu'il appartient* (à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par des lois spéciales) *de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'Etat débiteur ;* que ce principe, proclamé par le décret du 26 septembre 1793, maintenu et développé par la législation subséquente relative à la liquidation de la dette publique, est devenu *une des bases de notre droit public* et la règle générale de compétence pour les instances introduites contre l'Etat puissance publique par les particuliers qui prétendent être ses créanciers ; que si, en certaines matières, il a été, par des dispositions expresses de lois, dérogé à ces principes, ces exceptions ne sauraient être étendues par voie d'assimilation, ou à l'aide de l'analogie.

« Considérant, enfin, que, si le Code de procédure civile a réglé les formes suivant lesquelles l'Etat serait assigné devant les tribunaux civils, ces dispositions, relatives, soit aux instances domaniales, soit à celles pour lesquelles l'Etat a, par des lois spéciales, été renvoyé devant l'autorité judiciaire, n'ont eu pour but, ni pour effet, d'attribuer à l'autorité judiciaire une compétence générale et d'enlever à l'autorité administrative la connaissance des questions contentieuses qui lui appartiennent. »

(24) La règle de « l'Etat débiteur » est formellement visée dans les arrêts : Cons. d'Et., sur Confl., 6 déc. 1855, *Rothschild ;* même date *Gloxin ;* 20 fév. 1858, *Carcassonne ;* 1er juin 1861, *Vve Baudry* ; 7 mai 1862, *Vincent ;* 29 mai 1867, *Bourdet* ; 4 déc. 1867, *Vve du sieur de Panat* (v. *infra*, p. 112).

(25) Encore que l'espèce diffère radicalement. Dans l'affaire *Blanco*, délit pénal de blessures involontaires (v. *infra*, p. 133). Dans l'affaire *Rothschild*, simple erreur de remise, par un employé de la « poste restante », d'un objet précieux (lettre contenant 30.000 francs de diamants) à un homonyme : *G. Rothschild* du destinataire : le sieur Louis Meyer *Rothschild*, de Londres.

Ainsi l'arrêt *Rothschild* constitue une protestation expresse et directe contre le désaveu du premier Tribunal des Conflits (26).

La règle de « l'Etat débiteur », donc, reparaît... mais l'expérience d'un premier Tribunal des Conflits a montré qu'il pouvait être dangereux de... la laisser sortir toute seule. On la fait donc accompagner — et même précéder — de trois nouveaux ordres d'arguments, savoir :

I. — *Argument direct de compétence* se référant exclusivement aux *lois des* 16-24 *août* 1790 *et du* 16 *fructidor an III*, qui interdisent aux tribunaux de « troubler » les opérations des corps administratifs, de citer les administrateurs, et de connaître des actes administratifs. C'est ce que nous appellerons : *la raison politique d'éviction* de l'autorité judiciaire.

II. — *Argument indirect de fond* se référant à une *inapplicabilité du droit civil*, pour cette raison que la responsabilité de l'Etat joue dans le cadre de « droits et obligations réciproques », lesquels « doivent naître » des « rapports » qui s'établissent, à l'occasion des services publics, entre l'Etat, les nombreux agents qui opèrent en son nom, et les particuliers qui profitent de ces services » — « rapports, droits et obligations ne pouvant être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil ». C'est ce que nous appellerons *la raison technique d'inaptitude* de l'autorité judiciaire.

III. — Toutefois — et tout de même — pour tenir compte de la volonté manifestée, à plusieurs reprises, par le législateur, dans les textes déclarant la compétence judiciaire (cf. *supra*, p. 105, n. 8), les arrêts marquent que les actions en responsabilité contre l'Etat « doivent être portées devant la juridiction administrative, à moins qu'une disposition expresse de la loi n'en ait réservé la connaissance à l'autorité judiciaire » (27). En un mot : *Dans le silence de la loi, compétence administrative*. C'est là, nous le verrons (*infra*, p. 140), l'amorce d'un troisième argument.

Et, cependant, il arriva derechef à la règle de « l'Etat débiteur » de paraître seule. Ce fut dans l'arrêt *Vve de Panat :* Cons. d'Et., 4 décembre 1867 (D. P. 1868.III.44 ; S. 1868.II.291 ; Rec., p. 902).

Mais le dernier mot n'était pas encore dit : une nouvelle juris-

(26) Pour la justifier, le Conseil d'Etat n'hésitera même pas à produire, en tête de l'arrêt *Carcassonne* (20 février 1858), une citation de TRENTE-NEUF LOIS, ORDONNANCES OU DÉCRETS, « pêle-mêle », et comme si le Conseil d'Etat avait voulu « remplacer la qualité par la quantité ». (Achille MESTRE, *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Thèse Paris, 1899, étude fondamentale, sur laquelle nous aurons encore à nous appuyer pour cette question, v. *infra*, p. 125, n. 44)... *Labor improbus*... (cf. *supra*, p. 106).

(27) Cons. d'Et., 20 févr. 1858, *Carcassonne*.

prudence pro-administrative devait encore opérer un nouveau changement de front.

SECTION IV

4e PHASE : 1861 A 1873 — ARRÊT *DEKEISTER*

A l'argumentation relativement développée de l'arrêt *Rothschild*, devait succéder, avec l'arrêt *Dekeister* (Cons. d'Et., 6 août 1861, J. P. J. A., t. 14, p. 113), une nouvelle doctrine plus dogmatique, de pure prérogative, et, lorsque, en 1871, le Conseil d'Etat se trouva remplacé par la Commission provisoire instituée à cet effet, la position ainsi prise par le Conseil d'Etat quant à la compétence administrative fut maintenue par l'arrêt *Dietrich* du 21 janvier 1871 (D. P. 1871.III.25) (28), reproduction textuelle de l'arrêt *Dekeister*, ainsi conçu :

« Vu la loi des 22 déc. 1789 ; 8 janv. 1790 (sect. 3, art. 7) ; la loi des 16-24 août 1790 (tit. 2, art. 13) ; celle des 7-11 sept. de la même année ; l'acte constitutionnel en date des 3-14 sept. 1791 (chap. 5, art. 4) ; la loi du 16 fructidor an III.

Considérant que les lois ci-dessus visées ont établi comme principe constitutionnel que les fonctions judiciaires sont distinctes et doivent toujours demeurer séparées des fonctions administratives, qu'il est fait défense aux tribunaux de connaître des actes d'administration et de troubler en quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni de citer devant eux des administrateurs pour raison de leurs fonctions ;

Considérant que, comme conséquence de ce principe, indépendamment de *l'action* qui est de l'essence de l'autorité administrative, *la juridiction* a été donnée à cette autorité en vue de constituer, en dehors de l'autorité judiciaire, des juges pour prononcer sur les litiges qui s'éléveraient entre l'Etat et les particuliers à raison des actes faits pour l'exécution des services publics auxquels elle est chargée de pourvoir ;

Qu'il suit de là que les contestations de cette nature doivent être portées devant la juridiction administrative à moins qu'il n'en ait été ordonné autrement par la loi ;

Que, vainement, pour contester ces règles fondamentales, on objecte qu'il est intervenu un grand nombre de lois pour attribuer à l'autorité administrative la connaissance de contestations concernant les services publics ; qu'en effet, les lois dont il s'agit ont eu moins pour but d'établir la compétence de l'autorité administrative à l'exclusion de l'autorité judiciaire que de désigner les juges parmi les autorités administratives ayant juridiction... » (29).

Ainsi, il n'est plus question de la règle de « l'Etat débiteur », ni de l'inapplicabilité du Droit civil à la responsabilité civile de l'Etat selon l'arrêt *Rothschild*, ni d'une nécessité d'appréciation ou d'in-

(28) Cf. la note au D. P. 1871.III.25, n. 1.

(29) L'utilité de la citation de ce dernier considérant, qui intéresse l'argument législatif *a contrario*, nous apparaîtra au Chapitre IV du Titre III de cette étude (v. *infra*, n. 219 de la p. 401).

terprétation d'actes administratifs selon l'arrêt *Manoury*. Il est posé en principe que *la juridiction administrative a été instituée pour connaître de toute action dirigée contre l'Etat à raison de son activité administrative, parce que le jugement d'une telle action par la juridiction judiciaire impliquerait, pour celle-ci, une connaissance d'actes administratifs et un trouble d'opérations administratives interdits par la séparation des pouvoirs.* Tout le système se réduit donc au premier considérant de l'arrêt *Rothschild*, à ce que nous avons appelé : « la raison politique d'éviction » de l'autorité judiciaire, « l'argument direct de compétence », mais présenté sous une forme nouvelle, et dont le dogmatisme se passe de tout autre argument.

L'intérêt de cette décision consiste, non seulement en ce qu'elle marque une quatrième phase de l'évolution de la thèse administrative, mais en ce qu'elle nous amène directement, sinon à *l'arrêt Blanco* — qui a complètement délaissé l'argument direct de compétence pour l'argument indirect de fond — du moins aux *conclusions Blanco* du commissaire du gouvernement David, dont la partie principale n'est, comme nous le verrons, qu'une paraphrase des deux arrêts *Dekeister* et *Dietrich*.

Telles sont, de 1789 à 1873, les quatre vérités successives de la thèse administrative et, maintenant que nous nous sommes permis... de les lui dire, transportons-nous de l'autre côté de la barricade.

CHAPITRE II

LA THÈSE JUDICIAIRE DE 1789 A 1873

Contrairement à la jurisprudence : Conseil d'Etat — Conflits, la jurisprudence judiciaire s'est — sauf un juste tempérament et un moins juste fléchissement — prononcée pour le principe général de la compétence judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat à raison du fait de ses agents administratifs. Cette thèse n'étant, d'ailleurs, que l'application du droit commun, la juridiction judiciaire *défendant la règle* ne s'est pas trouvée amenée, comme la juridiction administrative *plaidant l'exception*, à imaginer des systèmes variés de justification : la règle va de soi, c'est à l'exception de se prouver (30).

Voyons d'abord la jurisprudence du *principe général*, puis celle du *tempérament*, et enfin celle du *fléchissement*.

SECTION I

LE PRINCIPE GENERAL

Le principe général selon la thèse judiciaire est la plénitude de juridiction judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat. Il n'est pas sans intérêt d'observer que ce principe paraît avoir été affirmé d'abord en matière de responsabilité administrative *obligationnelle* de l'Etat, puis en matière *délictuelle* (31). Nous rapporterons successivement les arrêts relatifs à ces deux hypothèses.

(30) Et précisément la peine prise, les efforts déployés à cette fin — jusqu'à la contradiction — suffiraient à prouver le caractère exceptionnel de la compétence administrative en la matière : point dont l'examen fera l'objet du Chap. IV du Titre III ci-après (v. *infra*, p. 403 et s.).

(31) Nous rappelons que le préjudice et la responsabilité sont *obligationnels* ou *délictuels* selon qu'ils procèdent — ou non — du défaut d'exécution d'une obligation administrative de l'Etat.

§ I. — Responsabilité obligationnelle : Arrêt « Frénoy-Tassart »

Au début de l'année 1831, un sieur *Frénoy-Tassart* avait intenté contre l'Etat une action en dommages-intérêts à raison d'avaries causées à un bateau par un naufrage survenu dans le canal de la Somme, et que le requérant attribuait à la présence d'un pieu, elle-même imputable à une négligence des agents de l'administration.

Dans ce procès — pas plus que dix ans plus tard dans l'affaire *Depeyre* (v. *infra*, p. 117) — LA QUESTION DE COMPÉTENCE N'AVAIT ÉTÉ POSÉE PAR L'ADMINISTRATION et, après le tribunal civil (jugement du 9 juin 1831), après la Cour d'Amiens (arrêt du 26 août 1831), la Cour Suprême (Req., 27 juin 1832, S. 1832.I.838) considéra la compétence judiciaire comme parfaitement normale. Seulement, le tribunal ayant accueilli la demande, la Cour d'Amiens la rejeta au fond pour une raison de preuve, et la Chambre des Requêtes rejeta, pour le même motif, le pourvoi formé contre l'arrêt d'Amiens. Voici d'ailleurs, les passages intéressants de ces deux décisions.

I. Arrêt de la Cour d'Amiens :

Considérant que, si l'Etat DOIT procurer aux particuliers, AUTANT QUE POSSIBLE, une navigation sûre et exempte de dangers sur les canaux dont il a LA GESTION, il n'en résulte pas qu'il doive répondre de tous les accidents qui y arrivent ; qu'il n'en peut être responsable *qu'autant qu'on prouve* que ces accidents ont eu lieu *par la faute ou la négligence* de ses agents ; que l'obligation de cette preuve est à la charge de celui qui demande la réparation d'un dommage.

II. Arrêt de la Chambre des Requêtes :

« Attendu que, s'il est constant que le bateau du demandeur a échoué à son entrée dans le canal de la Somme et, par suite, éprouvé des avaries dans sa cargaison, il ne résulte, ni de la déclaration du marinier qui le montait, ni des procès-verbaux d'expertise faits depuis, qu'il faille l'attribuer à la faute ou à la négligence des préposés à l'entretien du canal ; que cependant l'Etat n'aurait pu être astreint à la réparation du dommage qu'autant qu'il aurait été imputable à ses agents ; que la preuve était à la charge du demandeur, et, celui-ci ne l'ayant pas faite, ainsi qu'il est déclaré par l'arrêt, la demande en indemnité n'a pas dû être accueillie. »

Si nous avons tenu à rapporter ces décisions, c'est que, même s'agissant, comme devait l'observer plus tard David dans ses conclusions *Blanco*, de « *l'omission de mesures* que la prudence aurait pu commander à l'autorité administrative » (v. *infra*, p. 133) pour nous : d'un préjudice et d'une responsabilité *obligationnels* — ni les trois juridictions judiciaires intervenues dans l'affaire *Frénoy-Tassart*, ni même l'administration, n'ont songé à envisager, du point de vue compétence, la nécessité d'une question préjudicielle admi-

nistrative comme celle que nous verrons réservée dans l'affaire *Debast* (*infra*, p. 121) (32).

§ II. — Responsabilité délictuelle :

Arrêts « Debeyre » — « Vve Brun » — « Turck »

Les décisions généralement citées comme représentatives de la thèse de la compétence judiciaire sont les deux arrêts : Civ., 1er avril 1845, *Depeyre* (D. P. 1845.I.261 ; S. 1845.I.363) et surtout Civ., 19 décembre 1854, *Vve Brun* (D. P. 1855.I.37 et S. 1855.I.265) (33).

Dans la première de ces deux affaires : réclamation du sieur *Depeyre*, renversé et grièvement blessé par une « malle-poste », L'ADMINISTRATION — on conçoit l'importance de cette remarque — N'A PAS ENCORE CONTESTÉ LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE. Tout au contraire, elle en incrimine l'abus — ce qui est une manière de la reconnaître — en reprochant à la Cour d'Agen une « critique intolérable de l'administration ». Le pourvoi comporte, en outre, un second moyen, non moins remarquable et significatif : *la violation des articles* 1382 *et* 1383 *du Code civil !*

Un premier arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 30 janvier 1843 (D. P. 1843.I.96) constate que « l'administration des postes est placée sous le droit commun formulé par l'article 1382 du Code civil ». Puis, dans le second arrêt susvisé du 1er avril 1845, la Chambre civile dispose, à son tour :

« Attendu que si, dans l'espèce, la Cour royale d'Agen s'est livrée, dans les motifs de son arrêt, à la *censure* de mesures administratives qu'elle n'avait le

(32) Quant au fond, il ne paraît pas sans intérêt de reproduire ici la note du Sirey (S. 1832.I.838, n. 1) :
« Est-il vrai qu'il n'y ait pas faute ou négligence de la part des agents de l'administration préposés à la garde et surveillance d'une voie publique de terre ou d'eau lorsqu'ils y laissent subsister une cause cachée d'accident ou de dommage qui ne peut provenir que de leur fait ou de celui des entrepreneurs ? Ou est-il vrai que les règles sur la responsabilité civile au cas de dommage soient autres pour les agents ou préposés de l'administration que pour les simples particuliers ? Nous ne saurions adopter sur ces questions la solution affirmative que semblerait autoriser l'arrêt que nous allons recueillir. »

(33) ADDE : Req., 30 janv. 1883, *Vve Paul*, DALLOZ, J. G., t. 30, v° *Responsabilité*, n° 639, p. 428, n. 2 ; Grenoble, 13 mars 1934, *Vve Muretin*, *ibid.*, p. 428, n. 3 ; Civ., 29 fév. 1836, *Schumann et Langlumé*, Dalloz, J. G., t. 6, v° Bourse du Commerce, n° 377, p. 885, n. 1 ; Req., 22 nov. 1848, *Normandin*, S. 1848.I.700 ; Req., 12 mai 1851, *Vandenmarcq*, S. 1851.I.349 ; Tr. civ. Seine, 16 août 1845, *Vallet*, cit. par SOURDAT, *Resp.*, t. II, 1852, n° 1055, p. 303. *Il importe de remarquer que, dans toutes ces affaires, l'administration acceptait : et la compétence judiciaire, et l'application des art.* 1382 *et s. du Code civil.*

droit ni de *réformer* ni de *critiquer*, et si elle a méconnu *en ce point* les limites de sa compétence, elle a constaté en fait que...

...Qu'il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier... les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins diligente des règlements et ordres administratifs... ».

A la suite de l'arrêt *Depeyre*, l'administration, modifiant son attitude, prit le parti de contester formellement la compétence judiciaire, mais les tribunaux, forts de la position prise par la Cour Suprême, ne crurent point devoir s'incliner. Il convient de relever, entre autres, les rejets de déclinatoires par les jugements suivants :

Tribunal de la Seine, 2 octobre 1846, *Legat*, J. P. J. A., t. 10, p. 265.

Tribunal de Strasbourg, 7 juin 1847, *Vve Bauzemont*, J. P. J. A., t. 10, p. 379.

Tribunal de la Seine, 6 décembre 1850, *Cailliau*, J. P. J. A., t. 11, p. 435.

Tribunal de Toulouse, 8 juillet 1867, *Vve de Panat*, Rec. Leb., 1867, p. 902.

Tous ces jugements pénètrent à fond la question et discutent pied à pied tous les arguments de la thèse administrative, depuis la règle de « l'Etat débiteur », jusqu'au prétendu obstacle de « l'interprétation des règlements administratifs » en passant par l'objection du « trouble ». On en pourra juger par ces extraits des deux jugements du tribunal de la Seine.

I. Jugement *Legat :*

« Attendu que la loi du 8 août 1790, relative à la liquidation des dettes de l'Etat, ne peut recevoir d'application à la cause puisqu'il ne s'agit pas de liquider une créance, mais d'obtenir une condamnation à titre de dommages-intérêts. — Attendu que les tribunaux sont compétents pour prononcer des condamnations contre l'Etat représenté par les diverses branches de l'administration publique, que l'art. 69 C. proc. civ. détermine les formes d'après lesquelles les demandes à fin de condamnation contre lui devront être suivies. — Attendu qu'il ne s'agit pas, pour le tribunal, de modifier en aucune manière les règlements et instructions relatifs à l'organisation du service des postes aux lettres, ni au service des employés, ni à la direction à donner au service, mais bien de prononcer sur une demande en dommages-intérêts dirigée contre l'administration des postes comme civilement responsable du fait d'un de ses employés... qu'aux termes de l'art. 1384 C. civ., les administrations sont civilement responsables des faits de leurs préposés, et que toute demande à fin de dommages-intérêts est essentiellement de la compétence des tribunaux civils. — Le tribunal se déclare compétent. »

II. Jugement *Cailliau :*

« Attendu *qu'en principe général*, l'Etat et les administrations publiques plaident devant les tribunaux *comme de simples citoyens*, que cette incontestable vérité résulte notamment (suit une série de textes législatifs)... enfin des nos 1, 2, 3 et 4 de l'art. 69 C. proc. civ. ; que les tribunaux ordinaires sont, en effet, les *juges du droit commun* et qu'ils doivent connaître de toutes les affaires qui

ne sont pas *formellement réservées* aux juridictions *exceptionnelles*, sauf certaines questions d'autorisation qui sont totalement étrangères à la compétence ; ... ...Attendu que la loi des 16-24 août 1790 (art. 13 du titre 2) et la loi du 16 fruct. de l'an III ne sont point relatives à la compétence mais *aux véritables entraves* que l'autorité judiciaire pourrait apporter aux actes d'administration comme l'apprend clairement la première partie de la loi du 16 fructidor ; que, du reste, il est également défendu à l'autorité administrative de troubler l'autorité judiciaire par la loi des 12-20 août 1790 (§§ 1 et 8 du chap. I), par la constitution de 1791 (art. 3 de la sect. 2 du chap. IV du titre III) et par la constitution de l'an III (art. 189) ; qu'enfin ces lois, *même mal comprises*, se bornent à dire que les compétences doivent être réciproquement respectées, *ce qui ne tranche aucune question spéciale ;* — Attendu que, PENDANT LONGTEMPS, L'ADMINISTRATION DES POSTES A RECONNU ELLE-MÊME LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE pour le jugement des affaires qui l'intéressent, puisque, dans les espèces jugées par la Cour de Cassation les 3 juin 1843 (Journ. Pal., t. II, 1843, p. 617) et 30 janv. 1844 (Journ. Pal., t. I, 1844, p .605) et par la Cour d'appel d'Agen le 24 avril 1843 (Journ. Pal., t. I, 1843, p. 499) elle n'a point opposé l'incompétence des tribunaux. — Attendu que, par l'arrêt de la Cour de Cassation du 1er avril 1845 (Journ. Pal., t. I, 1845, p. 472), la question de compétence a été formellement décidée ; qu'on lit dans cet arrêt « qu'il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier... les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente, des règlements et ordres administratifs ». — Attendu enfin, et dans tous les cas, que rien n'établit que les règlements généraux relatifs aux services des postes présentassent pour l'espèce des difficultés d'interprétation et qu'il est établi par des arrêts nombreux de la Cour de Cassation parmi lesquels il suffit de citer ceux du 13 mai 1824 et du 1er déc. 1847 que, quand il ne s'agit, ni d'interpréter, ni de modifier des actes administratifs dont les termes sont clairs, mais seulement de les appliquer, la compétence des tribunaux ne peut être contestée... »

A ces dissertations, il fut répondu par des confirmations de conflit à la faveur des systèmes d'affirmations que nous avons déjà enregistrés : règle de « l'Etat débiteur », puis nécessité « de l'examen et de l'appréciation des règlements ». Et c'est alors que, croyant sans doute la victoire acquise, l'administration négligea d'élever le conflit dans l'affaire *Vve Brun* très voisine d'ailleurs de l'affaire *Depeyre*, puisqu'il s'agissait d'une action en indemnité dirigée contre l'Etat par la veuve d'un « courrier » intérimaire du service des postes, victime d'un accident imputable à l'imprudence du « postillon maître de poste », qui n'avait pas fait réparer une avarie de la « malle ».

Faisant, toutefois, son profit de l'expérience acquise, l'administration ne manqua pas, dans son pourvoi en cassation sur la compétence, d'invoquer : d'une part, les lois de 1790 et de l'an III sur la séparation des pouvoirs, d'autre part la règle de « l'Etat débiteur ». A ces deux moyens, la Cour a répondu :

« Attendu que les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes demandes en réparation de dommages causés par le fait d'autrui, par sa négligence, son imprudence, ou l'inobservation des règlements ;

Que cette compétence est générale et ne saurait être modifiée parce que les faits de négligence ou d'imprudence constitueraient en même temps des infractions de la part des employés des administrations publiques aux règlements de ces administrations, alors, surtout, que ces règlements ne sont pas contestés.

Qu'en effet, même à l'égard de ces employés, l'action exercée contre eux a son principe dans le droit commun et qu'elle doit être jugée par les principes de ce droit ;

Qu'elle n'est que l'application en ce qui les concerne, non seulement des principes du droit commun, mais encore des règles qui leur sont particulières et qu'en les appliquant les tribunaux n'empiètent pas sur l'exercice des pouvoirs dont elles émanent ;

Que si cette action, par sa nature, réagit contre l'administration elle-même, et peut amener des condamnations envers elle comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun ;

Que les administrations représentant l'Etat ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent ;

Que, s'il est vrai que les condamnations à prononcer contre elles ne puissent recevoir leur exécution que de la manière et dans les cas déterminés par la loi, il n'en est pas moins vrai qu'il appartient aux tribunaux dans les matières du droit commun de les prononcer et d'en fixer le montant ;

Que le législateur l'a suffisamment déterminé en établissant dans la loi comment et dans quelle forme l'Etat et les administrations seront assignés devant les tribunaux ;

Rejette. »

L'arrêt *Vve Brun* s'explique surtout, on le voit, sur ce que nous avons appelé : *l'argument indirect de fond*. Pour la réponse *à l'argument direct de compétence* touchant l'indépendance administrative, il convient de citer encore un remarquable arrêt de la Cour de Colmar du 25 janvier 1848, *Turck* (S. 1849.II.345), ainsi conçu :

« Considérant que l'administration des postes, déterminant pour chaque relais la durée du parcours des malles et imposant à ses voitures une rapidité d'allure en rapport avec cette exécution, a créé, dans l'intérêt de l'exploitation de cette branche importante du service public un état de fait *qu'il n'appartient à l'autorité judiciaire ni de réformer ni de critiquer, mais dont elle a incontestablement le droit de constater l'existence* pour arriver à la détermination de *l'influence* qu'il y a lieu de lui attribuer dans une atteinte portée en un cas spécial à la sûreté des personnes... » (54).

Cette affirmation n'est peut-être pas moins dogmatique que celle de l'arrêt *Dekeister* (v. *supra*, p. 113), mais, du moins son dogmatisme prend-il pied sur la base du droit commun, alors que l'argumentation de l'arrêt *Dekeister* constitue un postulat édifié en matière d'exception. Il est, croyons-nous, peu d'espèces auxquelles ne s'appliquent pas, *mutatis mutandis*, la remarquable formule de l'arrêt *Turck*.

Telle est, en son principe général, la thèse judiciaire qui amena en dernier lieu le déploiement de l'arrêt *Rothschild*. Mais elle a

(34) Autrement dit : la mesure dans laquelle *l'existence* du service peut être considérée comme une *condition* « *relevante* » (v. *supra*, note 153 de la p. 63) du préjudice. Nouvelle illustration du principe par nous reconnu (*supra*, p. 61, 62 et n. 152) à la base de la responsabilité délictuelle du maître du service — et, singulièrement, du maître du service public : l'Etat.

apporté, avons-nous dit, à ce principe, un tempérament et un fléchissement qu'il convient d'enregistrer successivement.

SECTION II

LE TEMPÉRAMENT : L'ARRÊT *DEBAST*

Si la juridiction judiciaire défendait fermement sa compétence et avec elle la cause de la justice, elle n'entendait pas, pour cela, faire table rase du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Elle sut rendre à la prérogative administrative, comme elle savait maintenir au droit individuel, ce qui respectivement leur appartenait et c'est ce souci dont témoigne l'arrêt Civ., 4 décembre 1833, *Debast* c. *Cie du canal d'Orléans*, rendu sous la présidence de Portalis, premier Président et rapporté au Dalloz, J. G., t. X, 1848, v° *Compétence administrative*, n° 164, p. 483, n. 1, en ces termes :

« La Cour... Attendu que, dans les principes généraux du droit, les tribunaux ont compétence pour connaître des demandes en dommages-intérêts et indemnités pour réparation d'un dommage causé *toutes les fois qu'il n'en est pas autrement disposé par une loi spéciale*. Attendu qu'aucune loi n'a fait d'une manière spéciale exception à ce principe pour le cas où un dommage causé aurait pris sa source dans l'appréciation d'actes émanés de l'administration ; que, s'il ne s'agit pas de faire une simple application de ces actes, le tribunal saisi doit bien attendre, pour statuer sur la demande en indemnité, que l'appréciation en ait été faite par l'autorité administrative, mais que, *cette appréciation faite, c'est au tribunal à prononcer sur la demande en la prenant pour base de sa décision ;* que le tribunal qui, dans un pareil état de choses, se déclare incompétent d'une manière absolue, commet un déni de justice, comme il commettrait un excès de pouvoir si, lorsqu'il y aurait lieu à l'interprétation d'actes administratifs pour asseoir son jugement, il statuait avant de l'avoir provoquée ; que la Cour royale de Paris, en réformant le jugement par lequel le tribunal saisi des demandes en indemnités respectivement formées s'était déclaré incompétent, et en lui renvoyant la connaissance de l'affaire, sauf à surseoir à prononcer pour le cas où il lui apparaîtrait qu'il y a lieu à interprétation des actes produits par les parties à l'appui de leurs prétentions respectives n'a, dès lors, violé aucune loi et n'a fait qu'une juste application des lois de la matière. »

Cette décision est, à notre connaissance, la première messagère de la vraie solution, aussi rationnelle qu'élégante, parce que parfaitement conciliatrice entre deux thèses adverses *contenant chacune une part irréductible de vérité*. Le Droit, comme la vie qu'il règle, n'est qu'une somme de transactions. Celle-ci, harmonieuse et logique entre toutes, encore que malheureusement prise en aversion et décriée par des maîtres éminents (cf. *infra*, p. 315 et s.) et cela en raison de griefs qu'il ne semble pas, nous le verrons, impossible d'apaiser, c'est le système de la QUESTION PRÉJUDICIELLE, sur lequel nous ne pourrions sans anticipation nous étendre actuellement,

mais dont nous saisissons l'occasion de poser, dès à présent, le principe venant tempérer celui de la compétence judiciaire avant même sa proclamation par les arrêts *Depeyre* et suivants (35).

SECTION III

LE FLÉCHISSEMENT : ARRÊT *DE ROTROU*

La mesure même de la réserve ne doit pas être dépassée. Or, elle le fut par l'arrêt, demeuré cher à la thèse administrative : Civ., 3 juin 1840, *de Rotrou* (36), dans une affaire de naufrage singulièrement voisine de l'espèce de l'arrêt *Frénoy-Tassart* (v. *supra*, p. 116). En voici l'analyse :

Le 8 mars 1837, le coche de Nogent, aux sieurs *de Rotrou et C*[ie], fit naufrage sur la Seine, ayant passé sur un bateau submergé, dont, contrairement aux prescriptions des règlements de police, l'inspecteur de la navigation, quoique prévenu par l'agent local, n'avait pas fait signaler l'existence au fond de l'eau. Voici la conclusion de l'arrêt:

« Attendu qu'en déclarant, dans l'espèce, l'autorité judiciaire incompétente pour connaître des faits de négligence imputés par les demandeurs aux agents administratifs préposés à la surveillance de la navigation de la Seine, et, par suite, pour connaître de la demande en dommages-intérêts formée contre l'Etat en réparation de la négligence prétendue, l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé les lois précitées (séparation des pouvoirs), en a fait au contraire une juste application, rejette. »

Et voilà la « doctrine absolue » (37) que l'on n'a pas craint de reprocher à la Cour Suprême... tout en ne se faisant pas faute d'en prendre acte — précisément lors du conflit *Blanco* — pour marquer le terrain conquis par la compétence administrative (38).

La doctrine contemporaine ne s'y trompa point et, en citant l'arrêt *de Rotrou*, Dufour, auteur pro-administratif entre tous, puisqu'il n'admet même pas la compétence judiciaire à l'égard de l'Etat « personne *privée* » (cette monstruosité qu'il a peut-être été le premier à dénoncer) (39) écrivait triomphalement :

« Le principe de la séparation des pouvoirs se trouve-t-il engagé dans une demande tendant à faire déclarer l'Etat débiteur, la Cour de Cassation fait aux tribunaux un devoir de s'abstenir d'en connaître. »

(35) La réserve formelle de la *question préjudicielle administrative* apparaît également dans l'arrêt : Req., 5 juill. 1869, *Canal latéral à la Garonne*, S. 1870.I.78.

(36) S. 1840.I.624 ; Dalloz, J. G., t. X, 1845, v° *Compét. adm.*, p. 458 ; Cotelle, *Dr. adm.*, 3[e] éd., t. II, 1859, p. 44.

(37) Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 376.

(38) Comm. du gouv. David dans ses conclusions *Blanco* citées *infra*, p. 133.

(39) Dufour, *Traité de Dr. adm.*, 2[e] éd., t. IV, 1855, n° 572, p. 612. Cf. *infra*, p. 181, n. 104.

Or, cette décision déjà singulière en soi, apparaît plus inexplicable encore lorsqu'on la rapproche de l'arrêt antérieur précité *Frénoy-Tassart* rendu sur un litige à peu près identique. Ainsi, se mesure l'anomalie du fléchissement de l'arrêt *de Rotrou*, fléchissement heureusement suivi du double redressement des arrêts *Depeyre* et *Vve Brun*.

Nous nous en tiendrons à ces explications sommaires sur le duel des deux juridictions de 1789 à 1873. Il va sans dire que le combat se déroulait parmi les « chants alternés » des « chœurs » identiquement antagonistes de la doctrine : auteurs publicistes et civilistes proclamaient tout à tour la thèse de leur camp. La connaissant maintenant, nous nous bornerons à des mentions (40), non sans observer que l'adhésion de la plupart des auteurs publicistes à la thèse administrative a porté sur... la règle de « l'Etat débiteur » ! Adhésion cependant non unanime, ainsi qu'en témoigne le passage de Dufour (41), discutant les objections soulevées par Josselin dans un article de la Revue Critique de 1852 contre cette « règle ». Déjà, dans sa doctrine comme dans sa jurisprudence, la maison administrative était divisée...

(40) Pour les auteurs publicistes, voir les références : d'une part, au Répertoire du Journal du Palais, t. 5, 1846, v° *Dette publique*, nos 69 et s., p. 345, inclinant lui-même vers la thèse civiliste ; d'autre part, au DALLOZ, J. G., t. 42, II, 1862, v° *Trésor Public*, n° 574, p. 1263, et lui-même rallié au système de l'arrêt *Rothschild*. Pour les auteurs civilistes, voir : L. MICHOUD, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, t. I, p. 401, n. 1 ; G. TEISSIER, *op. cit.*, n° 46 ; P. DUEZ, R. P. P., p. 4, n. 1.

(41) *Op. cit.*, 2e éd., t. IV, 1865, p. 610 et s. C'est là que DUFOUR s'élève (et, sur ce point, nous le suivons : v. *supra*, p. 122) contre la distinction fantaisiste entre deux « Etats » : « *public* » et « *privé* ». Voir même *infra*, p. 126, n. 48.

CHAPITRE III

ETAT DE LA QUESTION
A LA VEILLE DE L'ARRET BLANCO

Nous avons vu que, finalement, sur la question de compétence en matière de responsabilité administrative de l'Etat, la formule du Conseil d'Etat est la suivante :

Caractère général et normal de la compétence administrative. Caractère spécial et exceptionnel de la compétence judiciaire. Conséquence : *dans le silence de la loi, compétence administrative* (42).

Rien de plus simple que de passer de la formule administrative à la formule judiciaire. Il suffit d'inverser les termes :

Caractère général et normal de la compétence judiciaire. Caractère spécial et exceptionnel de la compétence administrative. Conséquence : *dans le silence de la loi, compétence judiciaire* (43).

La thèse de la compétence administrative imaginée en vue d'une raison finale — et inavouée — de fond : *pour que* la responsabilité administrative soit réduite au minimum, est présentée (v. *supra*, p. 112) :

I — soit comme une application particulière de la règle générale de « l'Etat débiteur » en tant que fondée sur les lois de liquidation des 17 juillet, 8 août 1790, 26 septembre 1793, etc., édictées en vue du *ménagement des deniers du trésor public* (44) ;

(42) V. *supra*, p. 112, n. 27. Cf. Gaston Jèze, *Les princ. gén. du dr. adm.*, 3e éd., t. III, 1926, p. 9.

(43) Cf. civ., 4 déc. 1883, *Debast* précité, *supra*, p. 121.

(44) Dans l'arrêt *Rothschild*, le Conseil d'Etat a cru devoir — comme d'ailleurs le commissaire du gouvernement David dans ses conclusions *Blanco* (v. *infra*, p. 135) — limiter le fondement de la règle de « l'Etat débiteur » aux lois de « liquidation ». Antérieurement, le Conseil d'Etat l'a également déduite des lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, ainsi qu'en témoignent les visas de textes pour les arrêts du Conseil d'Etat sur conflit antérieurs à 1850 (cf. *supra*, p. 108) qui décidaient *uniquement* au nom de la règle de « l'Etat débiteur ». De

II — soit comme une application particulière du principe général de la *séparation des pouvoirs* : raison *politique* d'éviction de l'autorité judiciaire pour cause d'un prétendu « trouble » des opérations administratives par atteinte à l'indépendance de l'administration — *argument direct de compétence* (45) (46) ;

III — soit pour une raison *technique* d'inaptitude de l'autorité judiciaire, inaptitude tirée d'une inapplicabilité du Code civil à la responsabilité civile de l'Etat et d'une nature spéciale de cette responsabilité — *argument indirect de fond* (47) ;

IV — soit comme une conséquence *interprétée* du « silence de la loi ».

A cette argumentation, s'opposait celle de la Cour de Cassation et de la doctrine civiliste représentée notamment par Sourdat (*Traité de la resp.*, t. II, 1852, nos 1057 et s.). En voici une analyse à l'époque dans la Jurisprudence Générale Dalloz, t. 42 *bis*, II, 1862, v° *Trésor public*, n° 570, p. 1260 :

« La Cour de Cassation, *sans mettre en question* les principes invoqués par l'administration, mais considérant que ce serait *exagérer* ces principes que d'en faire sortir des conséquences qui pourraient tendre à consacrer des dénis de justice et à affaiblir les garanties que la constitution a données aux citoyens en mettant leur honneur, leur personne, et leur fortune sous la sauvegarde de l'ordre judiciaire, tout aussi bien lorsqu'ils auraient l'Etat pour adversaire que lorsqu'ils seraient en lutte avec de simples particuliers, n'a pas hésité à déclarer les tribunaux civils compétents pour frapper l'Etat de responsabilités civiles lorsque

même, le pourvoi en cassation de l'administration dans l'affaire *Vve Brun* (Civ., 19 déc. 1854, S. 1855.I.267, v. *supra*, p. 119). Bien mieux, le second Tribunal des Conflits ayant imaginé, en son arrêt du 20 mai 1882, *de Divonne*, de revenir à la règle de « l'Etat débiteur » écartée par le premier Tribunal des Conflits, la fait expressément découler des lois « qui ont établi le principe de la séparation des pouvoirs » (ainsi, tout le monde est content... sauf le justiciable). Voir, par ailleurs, les bases invoquées pour la règle de « l'Etat débiteur » dans la magistrale thèse précitée (*supra*, p. 112, n. 26) de M. Mestre, p. 61 et s., p. 86 et s.

(45) Les deux premiers arguments apparaissent au milieu du XIXe siècle sous la plume d'un des maîtres de la doctrine publiciste, Cotelle : « La justice administrative ayant été instituée pour *garantir l'action du gouvernement* en elle-même ou par ses agents et pour *protéger les deniers publics* contre l'effet de poursuites judiciaires... » (*Cours de Dr. adm.*, 3e éd., t. II, 1859, n° 28, p. 16).

(46) Nous ne faisons mention que pour mémoire de l'argument de l'arrêt *Manoury* fondé sur une *nécessité d'appréciation ou d'interprétation d'actes administratifs*. Cet argument, dont le danger a été vite reconnu, a été dépassé par l'arrêt *Rothschild* et a *fortiori* nous l'avons vu par l'arrêt *Dekeister*. Nous le retrouverons, d'ailleurs, au Chapitre II du Titre III ci-après (*infra*, p. 312 et s.).

(47) Or, l'administration, antérieurement à l'arrêt *Rothschild*, fondait ses pourvois devant la Cour de Cassation *sur les articles* 1382 *et s.* du C. civ. (v. *supra*, p. 117). Et même postérieurement, à propos d'une affaire *Pensa* (Cons. d'Et., 21 juin 1859, S. 1860.II.285, note 1), le Ministre de la Guerre admettait, pour les dommages de manœuvres, l'application « des art. 1382 et s. C. Nap. ».

les délits ou quasi-délits de ses agents ont causé d'injustes dommages aux réclamants » (48).

Telles sont, du moins, les grandes lignes du tableau. Mais, pour la suite de nos développements, il n'est pas sans intérêt de relever, en outre, certaines solutions particulières touchant la question de compétence qui nous occupe.

A) *Action en responsabilité dirigée contre une personne publique à raison d'une* FAUTE PÉNALE *d'agent administratif ou d'entrepreneur :* Arrêt *Héritiers Boyer ;* Arrêt *Rougier ;* Arrêt *Breuil.*

1° Arrêt *Héritiers Boyer :* Cons. d'Et. sur confl., 23 juin 1848, Rec., p. 415.

Le 21 juillet 1846, le sieur *Clément Richaud*, employé à la journée par l'administration du canal de Marseille, conduisait une charrette de matériaux. Comme il n'était pas « à son cordeau », sa charrette a renversé le chariot du sieur *Boyer* qui, pris sous les roues, a eu les deux cuisses broyées et a succombé aux suites de ses blessures. Les héritiers *Boyer* ayant assigné devant le tribunal correctionnel (en même temps que l'auteur de l'accident) la ville de Marseille comme civilement responsable, le Conseil d'Etat, sur conflit, a statué comme suit :

« Considérant que la loi du 28 pluviôse an VIII, en chargeant les conseils de préfecture de prononcer sur les réclamations des particuliers qui se plaignent de torts ou dommages, s'applique seulement au cas où ces torts ou dommages proviennent de faits *qui ont eu pour objet l'exécution* des dits travaux ; que, dans l'espèce, il est établi que l'accident qui sert de base à l'action des héritiers B. résulte d'une faute commise par le sieur C. R. en contravention aux règlements sur la conduite des voitures et *qui ne peut être considérée comme rentrant dans l'exécution du travail public* auquel le dit sieur C. R. était employé ; qu'ainsi il appartient à l'autorité judiciaire de statuer *d'après les règles du droit commun* sur la demande formée par les héritiers B., tant contre le dit sieur C. R., que *contre la ville de Marseille* aux fins ci-dessus spécifiées ;

Art. 1^er^. — L'arrêté de conflit est annulé. »

A quoi nous n'ajouterons qu'un mot : c'est que, le 27 mai 1929, il est arrivé qu'un sieur *Rols*, conduisant, lui aussi, pour un service municipal, un chariot... devenu un camion automobile, et en ayant abandonné le « cordeau »... devenu un volant, ce véhicule a blessé une personne : la *dame Mélinette*, et que, parmi la jurisprudence citée par l'éminent commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur le conflit qui en résulta... *nous n'avons pas trouvé* l'arrêt *Héritiers Boyer*...

(48) Dans ce sens, le DALLOZ J. G., *loc. cit.*, indique même la référence de DUFOUR, *Dr. adm.*, 1re éd., t. II, nos 1365 et s.

2° Arrêt *Rougier :* 1er Trib. Confl., 23 avril 1851, Rec. p. 286.

Il s'agit encore du canal de Marseille et d'une action en responsabilité civile dirigée devant le tribunal correctionnel contre la ville, cette fois par le père d'un enfant victime d'un éclat de mine imputé à l'imprudence de deux employés. Nouvelle élévation de conflit, mais alors devant le premier Tribunal des Conflits, qui a statué en ces termes :

« Considérant que l'article 2 de l'ordonnance du 1er juin 1828 ne s'applique qu'en matière correctionnelle et que l'action introduite contre la ville de Marseille est une action purement civile ; que si, les dispositions du Code d'instr. crim. autorisent la partie lésée à exercer à son gré l'action civile séparément de l'action publique ou conjointement avec cette dernière, cette faculté est subordonnée à la compétence de l'autorité judiciaire et ne saurait *déroger* aux lois *spéciales* qui attribuent, par des considérations d'ordre public, la connaissance de l'action à l'autorité administrative ;

Art. 1er. — Le conflit est confirmé. »

Et, pourtant, une faute pénale dans la manipulation d'une mine n'était pas plus « l'exécution d'un travail public » qu'une faute pénale dans la conduite d'un chariot (49). Ainsi, le premier Tribunal des Conflits qui s'était déjà révélé, nous le savons, dans l'arrêt *Manoury* (v. *supra*, p. 110), se montrait plus pro-administratif que le Conseil d'Etat lui-même (50). Et si son arrêt *Rougier* n'a pas été

(49) Cette faute pouvait, il est vrai, consister en une maladresse d'exécution du travail, dont l'appréciation impliquait l'examen des conditions correctes de la dite exécution, ce qui n'était pas le cas pour l'abandon de l'attelage.

(50) Voici, d'ailleurs, un troisième et très intéressant témoignage de... l'orientation du premier Tribunal des Conflits. C'est son arrêt *Chalandre* du 30 mai 1850 (D. P. 1850.III.67) dont nous empruntons l'analyse à Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, 4e éd., t. I, 1887, n° 733, p. 749 : Un atelier national avait été établi en 1848 dans le département du Rhône. Les ouvriers de cet atelier pénétrèrent dans une propriété particulière où ils commirent des dégradations en coupant des baliveaux pour se construire des cabanes afin de s'abriter contre le soleil. Le fermier du domaine assigna l'Etat en dommages-intérêts devant le tribunal civil. Celui-ci retint la cause « attendu que les dégâts commis par les ouvriers constituent des faits étrangers aux travaux ». La Cour de Lyon confirma le jugement. — Un conflit fut alors élevé par le préfet du Rhône fondé sur ce que « dans l'espèce, il s'agit de faire déclarer et constater entre l'administration et le sieur *Chalandre* la qualité litigieuse d'un dommage que ce dernier prétend avoir éprouvé du fait des ouvriers de l'administration ; que cette appréciation ne saurait, dans aucun cas, être demandée aux tribunaux ordinaires qui ne sont pas compétents pour connaître de l'exécution des actes de l'administration.... que l'Etat est en droit d'invoquer l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VII qui réserve à l'autorité administrative le règlement des indemnités pour dommages causés par suite de l'exécution des travaux publics sans établir de distinction entre les dommages qui sont la conséquence forcée des ouvrages et ceux qui sont occasionnés par l'imprudence ou la faute des ouvriers employés, etc... »

Le conflit a été confirmé en ces termes : « Considérant que l'action en responsabilité intentée par *Chalandre* contre l'Etat n'a eu et n'a pu avoir pour base que

invoqué dans l'affaire *Dame Mélinette* par le commissaire du gouvernement, il aurait pu l'être : il l'a d'ailleurs été par l'un des annotateurs (51).

3° Arrêt *Breuil* (Cons. d'Et. sur confl., 9 décembre 1858, Rec., p. 702).

Par cette décision sur une espèce analogue à la précédente, le Conseil d'Etat s'est — comme il ne pouvait manquer de le faire — rallié à la jurisprudence de l'arrêt *Rougier* qui se trouvait dès lors assise : dévolution à la juridiction administrative de l'action en responsabilité civile dirigée contre une personne publique à raison de la faute pénale d'un de ses agents.

B) *Action dirigée contre l'Etat en responsabilité pécuniaire du préjudice causé par une saisie pratiquée à la requête de l'administration :* Arrêt *Dubochet ;* Arrêt *Dion-Lambert.*

1° Arrêt *Dubochet* (Cons. d'Et. sur confl., 20 avril 1847, D. P. 1847.III.422).

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat décide que l'autorité judiciaire, compétente pour statuer sur une action principale intentée contre l'administration des postes dans le but de faire annuler une saisie pratiquée à sa requête, l'est également pour connaître de l'action *accessoire* en dommages-intérêts formée contre la même administration à raison de cette saisie.

2° Arrêt *Dion-Lambert* (Tr. Confl., 30 mai 1850, D. P. 1850.III.66).

Ici, le premier Tribunal des Conflits, lui-même, s'est prononcé en la même matière pour la compétence judiciaire « à raison de la connexité et comme conséquence de la nullité invoquée ».

Nous verrons plus loin, avec la jurisprudence de l'arrêt *Demoreuil* (v. *infra*, p. 151), les sensibles progrès réalisés sur ce point par la récente jurisprudence administrative.

les faits allégués contre des ouvriers ou préposés des ateliers nationaux de la digue des Brotteaux *dans l'exercice des fonctions* auxquelles ils ont été employés *puisque l'art.* 1384 *C. civ. ne met que dans ce cas à la charge du commettant la responsabilité du dommage causé*, qu'aux termes de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII les tribunaux civils sont incompétents pour connaître des demandes en réparation des torts et dommages qui procèdent du fait des entrepreneurs ou agents de l'administration. »

Ainsi le premier Tribunal des Conflits qui, dix jours plus tôt dans l'arrêt *Manoury*, avait justifié la compétence administrative par une prétendue nécessité d' « examen de règlements administratifs » ne craint pas, dans l'arrêt *Chalandre*, de la fonder sur l'application à la responsabilité de l'Etat de l'art. 1384 C. civ., dont le second Tribunal des Conflits dans son arrêt *Blanco* devait, après le Conseil d'Etat dans son arrêt *Rothschild*, invoquer *l'inapplicabilité!*

(51) Gaston Jèze, note *Dame Mélinette*, dans la Gaz. Trib. du 18-19 oct. 1933 (Cf. *infra*, p. 170 et 175).

C) *Action en responsabilité contre l'Etat relative à la gestion du domaine privé :*

Arrêt *Rouault* (Cons. d'Et., 25 février 1864, J. P. J. A., t. 14, p. 585).

Selon les propres termes des conclusions David dans l'affaire *Blanco* (v. *infra*, p. 135, « le Conseil d'Etat a toujours reconnu et pratiqué depuis 40 ans (David parle en 1873) la distinction entre l'Etat *puissance publique* et l'Etat *personne civile* ». De même dans sa thèse précitée (p. 102), M. Achille Mestre indique que, depuis un arrêt Cons. d'Et., 7 déc. 1844, *Finot*, *Rec.* 629 : « la jurisprudence administrative a admis d'une façon constante que l'Etat *personne privée* pouvait être « déclaré débiteur » par les tribunaux judiciaires » (52). Particulièrement en matière de responsabilité, ce principe a reçu son application à l'égard de l'Etat dans la *gestion de son domaine privé*. C'est ce qui ressort, notamment, de l'arrêt *Rouault* aux termes duquel l'autorité judiciaire est seule compétente à l'exclusion de l'autorité administrative pour connaître de l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat par l'adjudicataire de coupes de bois dans une forêt domaniale à raison du dommage qu'il prétend avoir éprouvé par suite d'un incendie qu'il attribue à un *défaut de surveillance de la part des agents de l'administration*.

Or, il est à remarquer que cette exception au prétendu principe général de la compétence administrative en la matière, cet abandon à la compétence judiciaire de la connaissance des fautes d'agents aussi purement, aussi incontestablement administratifs que des gardes forestiers sous le prétexte que ces fautes se produisent dans la gestion du domaine privé, n'a pas été très bien saisie par les commentateurs contemporains :

> « Cette décision, observe l'annotateur du Journal du Palais (*loc. cit.*), doit être remarquée en ce qu'elle paraît en opposition avec ce principe consacré par la jurisprudence constante du Conseil d'Etat qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de connaître des actions qui tendent à déclarer l'Etat débiteur. »

Aussi M. Mestre (*loc. cit.*) n'a-t-il pas manqué de relever l'étrange singularité de cette capitulation bénévole dont nous-même nous réservons de rechercher l'explication (v. *infra*, p. 178, n. 104). Qu'il nous suffise d'observer, pour le moment, que le Conseil d'Etat amorçait ainsi lui-même, dans sa propre construction de la compé-

(52) Cf. Jur. gén. DALLOZ, t. 42 *bis*, II, 1862, v° *Trésor public*, n° 582, p. 1264 : « Lorsque l'Etat est actionné comme *propriétaire*, il est soumis aux mêmes règles que les particuliers et comme eux justiciables des tribunaux. » ADDE : *infra*, p. 156 et s. ; note 104 de la p. 178.

tence administrative, une des fissures dont la rencontre, nous le verrons bientôt, devait un jour déterminer cet éclatement : l'arrêt de conflit Dame *Mélinette* (53).

Telle est, à la veille de l'arrêt *Blanco*, l'état des deux thèses : administrative et judiciaire en présence.

(53) V. *infra*, p. 170. Une autre de ces fissures sera, nous le verrons (*infra*, p. 163), la reprise par la Chambre Criminelle de la jurisprudence de l'arrêt *Héritiers Boyer* précité (*supra*, p. 126).

TITRE II

L'ARRÊT BLANCO ET SA FORTUNE

Dans un premier Chapitre, nous présenterons l'Arrêt Blanco dans son cadre et, dans un second, nous passerons rapidement en revue les positions respectivement prises à la suite et au regard de cette décision : par la jurisprudence, par la doctrine, et par la législation des soixante années écoulées, en un mot : « la fortune de l'arrêt Blanco. »

CHAPITRE PREMIER

L'ARRÊT BLANCO

(Tribunal des Conflits, 8 février 1873, D. P. 1873.III.17 ; S. 1873.II.153 ; Recueil Lebon, 1873, p. 61)

De même que l'arrêt *Pelletier* (1), l'arrêt *Blanco* a été rendu sur les conclusions du commissaire du gouvernement David. Mais, autant les conclusions *Pelletier* (2) réservant à l'autorité administrative (active et juridictionnelle) la décision sur la nature : administrative ou non administrative, du fait de l'agent administratif : *fait de service* ou *fait personnel* (cf. *infra*, p. 454) — *et non suivies par le Tribunal des Conflits* — nous paraissent dignes d'adhésion, autant les conclusions *Blanco* — dont le sens (3) a été adopté — appelleront nos réserves. Aussi, le *fair play* nous commande-t-il de les citer *in extenso*, ainsi, naturellement, que la décision due, sinon en son motif, du moins en son dispositif — au magistral talent de leur auteur.

En deux Sections, dont l'inégalité d'étendue sera naturellement commandée par celle des deux documents, nous étudierons donc successivement : les conclusions David, et l'arrêt *Blanco*.

SECTION I

LES CONCLUSIONS DAVID

Dans un premier paragraphe, nous reproduirons le texte de ce document. Dans un second, nous en dégagerons l'analyse et la

(1) Trib. Confl., 30 juill. 1873, D. P. 1874.III.5. Cf. *supra*, p. 98 et *infra*, p. 454.

(2) Par les expressions « conclusions *Pelletier* », « conclusions *Blanco* », nous entendons, *brevitatis causa :* conclusions David dans l'affaire *Pelletier*, dans l'affaire *Blanco* ».

(3) « Le sens », disons-nous, et non : « les termes. » On en verra bientôt la raison (cf. *infra*, p. 142, 143).

mise en forme de l'argumentation déployée au service de la solution désirée : compétence administrative.

§ I. — Le texte

Voici donc ces Conclusions, qui débutent, d'ailleurs, par l'analyse de l'espèce :

« Le fait qui a donné lieu à ce conflit est aussi simple qu'il est triste. Une enfant de cinq ans, Agnès *Blanco*, a été renversée et grièvement blessée par un wagonnet chargé de tabac que conduisaient quatre ouvriers de la manufacture des tabacs de Bacalan, à Bordeaux, à travers la rue qui sépare le magasin du hangar de cet établissement.

Le père de l'enfant a intenté, devant le Tribunal civil de Bordeaux, en vertu des articles 1382 et s., une action qui était dirigée tout à la fois contre les quatre ouvriers comme coauteurs de la blessure causée à sa fille, et contre l'Etat, comme civilement responsable de l'imprudence de ses préposés.

Cette action tendait à faire condamner les ouvriers et l'Etat solidairement à lui payer une indemnité de 40.000 francs. Le mémoire en déclinatoire du préfet de la Gironde déniait toute compétence au Tribunal pour connaître de l'instance, tant à l'égard des ouvriers qu'à l'égard de l'Etat.

Le jugement du Tribunal civil, en date du 17 juillet 1872, ayant repoussé, sur ces deux points, le déclinatoire, l'arrêté de conflit qui vous est soumis n'a revendiqué la connaissance de l'action pour l'autorité administrative, qu'en tant qu'elle était dirigée contre l'Etat, laissant, sans conteste, à l'autorité judiciaire, le droit de connaître du débat entre le sieur Blanco et les ouvriers.

Le conflit étant réduit à ces termes, la question qu'il soulève est celle de savoir quelle est, des deux autorités administrative et judiciaire, celle qui a compétence générale pour connaître des actions en dommages-intérêts formées par les particuliers contre l'Etat, comme civilement responsable des fautes personnelles de ses agents dans les divers services publics, alors que les lois spéciales à ces services n'ont pas pris soin de régler cette responsabilité et de désigner celle des deux autorités qui serait chargée de l'apprécier.

Cette question a été l'objet d'une dissidence constante entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, qui, dans les deux sens opposés, ont montré une égale fermeté à maintenir leur doctrine respective.

Avant d'aborder la discussion, il importe de préciser le point auquel paraît se réduire désormais la controverse.

La Cour de Cassation reconnaît, avec le Conseil d'Etat, que nos lois constitutives de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire (Lois des 22 déc. 1789-8 janv. 1790, sect. 3, art. 7 ; des 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13 ; du 16 fruct. an III) interdisent à l'autorité judiciaire tout examen, toute critique, soit des règlements administratifs, des ordres et instructions compétemment donnés par l'administration à ses agents, soit de l'omission de ces diverses mesures.

Elle admet donc que les tribunaux civils sont incompétents pour connaître de demandes formées contre l'Etat par les particuliers à l'effet d'obtenir la réparation de dommages qui seraient résultés pour eux, soit de l'exécution des règlements et autres actes de l'autorité administrative, soit de l'omission des mesures que la prudence aurait pu commander à cette autorité, et qu'ils lui reprocheraient de n'avoir pas prises (arrêt du 3 juin 1840, *de Rotrou*) (cf. *supra*, p. 122, n. 38). Sur ce premier point, il ne saurait donc y avoir de difficulté.

Mais il n'en est pas de même des actions en dommages-intérêts formées contre l'Etat par les particuliers, lorsqu'elles sont fondées, non plus sur l'exécution ou sur l'omission de certaines mesures administratives, mais bien sur des fautes ou négligences personnelles aux agents de l'Etat, dans l'emploi auquel ils sont préposés. Dans ce cas, quelle est l'autorité compétente pour statuer sur le fond du débat ?

C'est sur ce point qu'un désaccord radical, absolu, a constamment existé entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. En 1850 et 1851, la question a été

portée devant le Tribunal des Conflits. Dans les différentes espèces dont le Tribunal a été saisi, il s'agissait d'instances engagées contre l'administration des Postes, à raison de fautes, ou même de crimes reprochés à ses agents : le tribunal a considéré que, pour décider si ces faits avaient été accomplis par ces agents dans l'exercice de leurs fonctions, et dans quelle mesure ils pourraient être susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat, il était nécessaire d'examiner et d'apprécier les règlements relatifs au service de la poste aux lettres ; qu'en se livrant à un semblable examen, l'autorité judiciaire s'immiscerait dans l'appréciation d'actes administratifs dont les lois sur la séparation des pouvoirs lui défendaient de connaître (cf. *supra*, p. 109 et s.).

Aussi, dans ces différentes affaires, c'est en se fondant sur la circonstance particulière d'actes administratifs à examiner et à apprécier que le tribunal s'est prononcé en faveur de la compétence administrative (v. notamment : 20 mai 1850, *Manoury ;* 17 juill. 1850, *Letellier* et 7 avril 1851, *Cailliau*). Le Tribunal des Conflits actuel a rendu récemment deux décisions analogues par leur motif et leur dispositif, au sujet de conflits élevés par le préfet du Rhône dans une action engagée contre l'Etat par la Compagnie des Chemins de fer du P.-L.-M., à raison d'accidents causés par l'explosion de barils de poudre, et que la Compagnie imputait à l'imprudence des agents de l'Etat dans l'emballage et l'arrimage de ces poudres.

Si ces différentes décisions n'ont pas tranché en principe la question qui nous occupe, il n'en faut pas moins reconnaître qu'elles en ont singulièrement réduit la portée, car désormais le doute n'existe plus que dans le cas où, pour apprécier le principe et la mesure de la responsabilité de l'Etat à raison d'une faute reprochée à son agent, il ne serait nullement nécessaire d'apprécier un règlement administratif.

Tel paraît être précisément le cas de l'espèce actuelle.

D'une part, en effet, le fait d'imprudence reproché aux ouvriers de la manufacture de tabacs de Bordeaux dans la manœuvre du wagonnet qui a renversé et blessé la jeune *Blanco* se rapporte bien à leur emploi.

D'autre part, il n'apparaît pas, et il serait bien difficile de concevoir, qu'il puisse y avoir, dans l'administration des Tabacs, un règlement administratif quelconque qui aurait eu pour but et pour effet de régler les conséquences d'un pareil fait au point de vue de la responsabilité qui en résulterait pour l'Etat vis-à-vis des tiers. Nous sommes donc en présence d'une action en dommages-intérêts formée par un particulier contre l'Etat à raison d'un quasi-délit que des gens A SON SERVICE (cf. 46, n. 101) auraient commis dans l'accomplissement de l'emploi auquel ils sont préposés et en dehors de tout règlement administratif qui ait pu préciser et limiter la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des tiers.

Quelle est l'autorité compétente pour statuer sur cette action ? En l'absence d'un texte spécial qui ait déterminé la compétence, la question ne peut être tranchée que par l'application des principes généraux.

C'est ici que nous nous trouvons en face des deux doctrines contraires de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat.

La première repose tout entière sur cette idée que l'art. 1384, qui déclare les maîtres et les commettants responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés, est applicable à l'Etat comme aux particuliers, d'où la conséquence que l'autorité judiciaire serait seule compétente pour tirer les conséquences légales de cette responsabilité aussi bien à l'égard de l'Etat qu'à l'égard des simples particuliers (Civ. rej., 1er avr. 1845, D. P. 1845.I.261 ; 19 déc. 1854, D. P. 1855.I.37).

La doctrine du Conseil d'Etat contient, tout à la fois, une contradiction directe à la thèse de l'autorité judiciaire, et les motifs qui servent de fondement à la compétence administrative. D'une part, en effet, elle conteste que l'art. 1384 soit applicable à l'Etat et que la responsabilité de l'Etat en cas de fautes, de négligences ou d'erreurs commises par ses agents doive être appréciée selon les principes et les dispositions du droit civil. D'autre part, elle établit la compétence administrative pour l'appréciation de cette responsabilité sur deux motifs :

— le premier, tiré du principe de la séparation des pouvoirs, duquel dériverait l'incompétence de l'autorité judiciaire pour statuer sur les réclamations formées contre l'Etat à l'occasion des services publics ;

— le deuxième tiré de la législation de 1790 à l'an III, sur la liquidation de la dette publique, d'après laquelle il n'appartiendrait qu'à l'autorité administrative de déclarer l'Etat débiteur, c'est-à-dire de statuer sur les actions qui tendent à faire reconnaître une dette à la charge de l'Etat (v. notamment Cons. d'Et., 6 déc. 1855, *Rothschild ;* 20 févr. 1858, *Carcassonne ;* 1er juin 1861, *Baudry ;* 7 mai 1862, *Vincent ;* 29 mai 1867, *Bourdet*).

Nous ne nous attacherons pas à ce deuxième motif. Les textes législatifs dont il est tiré, en attribuant à l'Assemblée Nationale, d'abord, à l'autorité administrative ensuite, plénitude de juridiction pour connaître de toutes les difficultés qui pourraient s'élever au sujet des droits de créance réclamés contre l'Etat paraissent n'avoir eu en vue que la liquidation de créances arriérées. D'un autre côté, ils confondent, dans la généralité de leurs termes, toutes les créances, quelle que soit leur cause, sans distinguer entre elles, suivant qu'elles concernent l'Etat puissance publique ou l'Etat personne civile. Or, c'est là une distinction que la raison commande, que la loi du 5 novembre 1790 sur le domaine de l'Etat avait eu soin d'observer, et que le Conseil d'Etat a toujours reconnue et pratiquée depuis 40 ans. Les lois sur la liquidation de la dette publique n'ont pu la laisser de côté qu'à raison précisément de leur caractère exceptionnel et transitoire.

Cette règle qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de constituer l'Etat débiteur, outre qu'elle ne repose pas sur une base solide a donc, si on la prend dans un sens absolu, le grave inconvénient d'exagérer singulièrement la doctrine du Conseil d'Etat *à laquelle elle a malheureusement prêté sa formule* (c'est nous qui soulignons).

Que si on l'entend dans ce sens restreint, seul conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'elle ne concerne que les actions formées contre l'Etat puissance publique, à l'exclusion de celles formées contre l'Etat personne civile, il n'est plus nécessaire d'invoquer à son égard la législation sur la liquidation de la dette publique, car elle n'est plus que l'application, à une certaine catégorie d'actions, de la première règle plus générale d'après laquelle l'autorité judiciaire serait incompétente pour connaître de toutes les réclamations formées contre l'Etat par les particuliers à l'occasion des services publics.

Mais cette règle est-elle vraiment la conséquence directe et immédiate du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire ?

Pour bien comprendre la signification et la portée de ce principe dans notre droit moderne, il importe de se pénétrer de la pensée de l'Assemblée Constituante qui l'y a établi, et pour nous, cette pensée se révèle non seulement par l'interdiction faite aux juges de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, mais encore et surtout par la création, dans le sein de l'administration d'une juridiction pour statuer sur tous les litiges auxquels pourrait donner lieu l'action administrative dans la gestion des divers services publics.

On a souvent contesté cette origine à la justice administrative pour ne la faire dater que de l'an VIII, époque où, dans ce grand travail de réorganisation de l'administration française, dû au génie du premier Consul, elle a reçu, par l'institution des conseils de préfecture et du Conseil d'Etat, les principaux organes par lesquels elle fonctionne aujourd'hui, et qui lui ont donné comme sa forme définitive.

Mais il ne faut pas perdre de vue que, dans le domaine du contentieux administratif, les conseils de préfecture n'ont guère fait qu'hériter, en vertu de la loi du 28 pluv. an VIII, des attributions qui avaient successivement appartenu, d'abord aux directoires de district et de département, et, en dernier lieu, aux administrations centrales de département, de même que le Conseil d'Etat, en vertu de l'arrêté du 5 niv. an VIII, n'a fait que recueillir la jurisprudence du dernier degré, qui avait d'abord appartenu à la réunion des ministres en Conseil d'Etat sous la présidence du Roi, après la suppression de ce Conseil à chacun des ministres dans son département ministériel, pour résoudre toutes les affaires contentieuses.

Ces institutions nouvelles n'ont donc fait que réorganiser la justice administrative, de manière à donner aux justiciables des garanties analogues à celles qu'ils trouvaient devant les tribunaux civils, mais elles n'ont pas créé la justice administrative, car, cette justice, elle était sortie tout entière de l'œuvre même de l'Assemblée.

En effet, la loi des 7-11 sept. 1790, détachée de celle des 16-24 août 1790, dont

elle forme une annexe, en attribuant aux directoires de district et de département, le jugement du contentieux relatif aux matières des contributions directes et des travaux publics, reconnaissait déjà le principe d'une justice administrative. Elle ne contenait, à la vérité, que des attributions spéciales qui n'embrassaient pas l'ensemble du contentieux administratif, c'est-à-dire la généralité des réclamations auxquelles pouvait donner lieu l'action administrative sous toutes ses formes ; mais, pour ces contestations, il n'était pas besoin d'attribution expresse de compétence, car il suffisait, d'une part, pour les enlever à l'autorité judiciaire de l'interdiction qui lui était faite de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, et, d'autre part, pour leur donner des juges, de la règle générale de la hiérarchie administrative, en vertu de laquelle les citoyens qui se prétendaient lésés dans leurs droits par les actes de l'administration pouvaient porter leurs réclamations devant l'autorité administrative supérieure. Cette dernière règle, pour n'avoir pas été formulée dans la loi des 16-24 août 1790, n'en est pas moins certaine. On en trouve, d'ailleurs, bien vite la consécration légale : c'est, d'abord, le décret des 7-14 oct. 1790, d'après lequel les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont, en aucun cas, du ressort des tribunaux et doivent être portées au roi, chef de l'administration générale ; c'est ensuite la loi des 27 avr.-21 mai 1791, qui, parmi les fonctions du Conseil d'Etat composé exclusivement du roi et des ministres, comprend l'examen de toutes les difficultés en matière administrative et l'annulation des actes irréguliers des corps administratifs.

Voilà, Messieurs, les vraies origines de la justice administrative dans notre droit moderne, telles que nous les trouvons, dépouillées de leur obscurité primitive, dans un célèbre rapport sur les conseils de préfecture, présenté en 1850 au Conseil d'Etat par M. Boulatignier, ce maître éminent de la science administrative qui a laissé dans la jurisprudence du Conseil, durant une période de plus de 30 ans, les traces ineffaçables d'une coopération aussi féconde qu'active.

Nous sommes donc fondé à affirmer que la juridiction administrative est sortie complète, au moins dans ses lignes essentielles, de l'œuvre de la Constituante et qu'ainsi, dans l'organisation des pouvoirs publics, elle a eu, dès le début, parallèlement à l'autorité judiciaire, sa place marquée et son domaine propre.

C'est maintenant que nous pouvons voir, dans toute son étendue, quelle était, dans la pensée de la Constituante, la portée de l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs. Cela ne signifie pas seulement que les juges devront s'abstenir de décider par voie de dispositions générales et réglementaires, d'annuler ou de redresser les actes de l'autorité administrative, d'en critiquer la légalité. Cela veut dire aussi qu'ils sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison des services publics quel que soit leur objet, et alors même qu'elles tendraient, non pas à faire annuler, réformer ou interpréter par l'autorité judiciaire les actes de l'administration, mais simplement à faire prononcer contre elle des condamnations pécuniaires en réparation des dommages causés par ses opérations.

Et il en était ainsi, alors même qu'il s'agissait d'une mainmise par l'administration sur la propriété privée, car ce sont des lois spéciales qui, depuis 1810, ont attribué à l'autorité judiciaire le règlement de l'indemnité en cas d'expropriation. C'est que l'Assemblée ne voulait pas que l'autorité judiciaire pût exercer une action quelconque sur l'administration, elle ne voulait pas qu'elle pût troubler de quelque manière que ce fût ses opérations. Elle voulait conserver à l'autorité administrative sa liberté complète d'action vis-à-vis de l'autorité judiciaire, afin que sa responsabilité restât entière vis-à-vis du Corps législatif, qui devait avoir le contrôle exclusif de sa marche et de ses actes.

Voilà pourquoi, pour le jugement des réclamations auxquelles pouvait donner lieu l'action administrative, une juridiction spéciale était instituée dans le sein de l'administration, étroitement liée à son action, s'inspirant de ses nécessités et représentée, au degré le plus élevé de hiérarchie, par les ministres réunis en Conseil d'Etat et agissant, dans cette partie de leur mission, comme toutes les autres branches du service public, sous le contrôle de l'Assemblée Nationale.

C'est dans cet ordre d'idées que Thouret, dans son rapport sur la loi des 16-24 août 1790, délimitait le pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir administratif en ces termes :

« Le pouvoir judiciaire, distinct du pouvoir administratif, est circonscrit dans les bornes de la justice distributive pour le jugement des contestations privées entre les citoyens, et pour la punition des crimes. »

Et plus tard, le savant HENRION DE PANSEY, comme s'il eût voulu tirer la conséquence logique de cette proposition, disait : « Si le juge ordinaire ou territorial n'a pas le droit de connaître des affaires administratives, ce n'est pas, à cet égard, que sa compétence soit restreinte, c'est qu'elle ne s'est jamais étendue jusque-là. »

En présence de ces deux citations qui déterminent de la façon la plus nette le domaine respectif de l'autorité judiciaire et de la jurisprudence administrative, nous pouvons maintenant conclure que, si l'Etat, en tant que personne civile, considérée, soit comme propriétaire, soit comme contractant, et à raison des rapports qui découlent de ces situations entre lui et les particuliers, est justiciable des tribunaux ordinaires, il ne l'est pas en tant que puissance publique chargée d'assurer la marche des divers services administratifs, à moins, pourtant, que des lois spéciales à ce service ne l'aient exceptionnellement soumis à l'autorité judiciaire comme cela a lieu en matière de douanes, de contributions indirectes, d'enregistrement, d'expropriation pour cause d'utilité publique et même de simple occupation temporaire pour travaux de fortification.

Mais ces exceptions ne font que confirmer la règle de notre droit public, qui place dans le domaine naturel de la compétence administrative toutes les réclamations formées contre l'Etat à raison des services publics (v. notamment l'arrêt du 6 août 1861, affaire *Dekeister*, rendu au rapport de M. Boulatignier, D. P. 1862. III.4).

Cette règle étant établie, il nous semble qu'elle comprend, dans la généralité de ses termes, les réclamations de la nature de celle qui nous occupe dans l'espèce, c'est-à-dire les demandes formées contre l'Etat à raison des fautes commises par ses agents dans l'accomplissement des services publics.

Nous avons vu que l'unique raison donnée par la Cour de Cassation pour faire rentrer ces réclamations dans la compétence judiciaire était tirée de ce que l'art. 1384 était applicable à l'Etat.

Mais c'est là une simple affirmation qui ne repose, ni sur les termes de l'art. 1384, ni sur le caractère du code où cet article est placé, lequel a pour objet de régir les rapports des particuliers entre eux, et non les rapports de l'administration avec les citoyens.

A la vérité, nous avons reconnu que l'Etat, comme propriétaire, comme personne civile capable de s'obliger par des contrats dans les termes du droit commun, était, à ce double point de vue, dans ses rapports avec les particuliers, soumis aux règles du droit civil.

Mais il ne s'agit pas de l'Etat propriétaire ou personne civile, il s'agit de l'Etat puissance publique, à qui l'on vient demander compte d'un dommage causé par ses préposés dans l'exercice, l'accomplissement, de leur service. Or, en principe, l'Etat personne publique n'est pas soumis aux règles du droit civil, il ne l'est pas non plus à la compétence judiciaire, il n'en pourrait être autrement que si une loi l'avait formellement déclaré. Or, nous ne trouvons dans notre législation aucune loi générale qui ait déclaré, à l'égard de l'Etat, cette responsabilité civile, cette compétence judiciaire.

Nous avons bien, il est vrai, quelques lois spéciales qui, pour des cas déterminés, ont reconnu le principe de la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, et la compétence judiciaire pour appliquer cette responsabilité. Telle est, par exemple, la loi des 6-22 août 1791 sur les douanes (titr. 18, art. 19), qui déclare la régie responsable du fait de ses préposés dans l'exercice et pour raison de leurs fonctions ; telle est encore la loi du 15 juillet 1845 sur les chemins de fer (art. 22), qui soumet l'Etat à une responsabilité semblable, lorsque le chemin de fer est exploité à ses frais et pour son compte.

Mais il n'eût été certes pas besoin de ces dispositions spéciales, si, en règle générale, l'art. 1384 et la compétence judiciaire avaient été applicables à l'Etat.

Nous n'en pouvons tirer qu'un argument de plus pour prouver que cette règle générale n'existe pas.

Et maintenant, faut-il le regretter ? Nous ne le pensons pas.

Il nous semble impossible, en bonne raison et en bonne justice, d'assimiler complètement l'Etat à un simple particulier pour ses rapports avec ses agents

et pour les conséquences qui en peuvent dériver au point de vue de sa responsabilité vis-à-vis des tiers.

Et d'abord, le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics est non pas volontaire, mais obligatoire, il lui est imposé non dans un intérêt privé, mais dans l'intérêt de tous.

En deuxième lieu, il faut considérer l'importance et l'étendue de ces services et (en laissant à part l'armée de terre et de mer pour ne parler que des services administratifs) ce nombre énorme d'agents de toutes sortes, fonctionnaires publics agents auxiliaires, employés, gens de service, qu'ils nécessitent, les conditions de leur nomination et de leur avancement qui, réglés souvent par la loi ou par des règlements généraux, ne laissent pas toujours à l'administration la liberté de son choix, la variété infinie des emplois, et, par suite, des rapports qui s'établissent entre l'Etat et ses agents à leur occasion.

Il y a là autant de raisons qui montrent que la responsabilité de l'Etat pour les fautes de ses agents, ne peut être ni générale, ni absolue ; qu'elle doit se modifier suivant les lois et règlements spéciaux à chaque service, suivant leurs nécessités, suivant, aussi, la nature de emplois.

Eh bien ! toutes ces considérations échappent, de leur nature, à l'autorité judiciaire, elles seraient, en bien des cas, pour elle, nous ne craignons pas de le dire, un véritable embarras ; elles rentrent, au contraire, naturellement, dans le domaine de la juridiction administrative mieux placée que l'autorité judiciaire pour interpréter les lois et les règlements de l'administration, pour connaître les besoins, les nécessités de chaque service, pour établir enfin, entre les intérêts essentiels de l'Etat et les droits privés, une conciliation qui est le caractère dominant de sa mission (v. notamment l'arrêt du 6 déc. 1855, affaire *Rothschild*, au rapport de M. MARCHAND, D. P. 1859.III.34) (cf. *supra* p. 111).

Maintenant, tout en admettant que, en thèse générale, l'art. 1384 C. civ. et la compétence judiciaire pour le cas qu'il prévoit ne concernent pas l'Etat en tant qu'administration, est-il possible de réserver les espèces pour y chercher des distinctions tirées, soit de la nature du service à l'occasion duquel l'action en rsponsabilité est dirigée contre l'Etat, soit de la qualité de l'agent qui aura commis le dommage sur lequel est basée l'action ?

Ainsi, dans l'espèce actuelle, il s'agit d'une manufacture de tabacs qui a une grande ressemblance avec une industrie privée. Il s'agit de faits d'imprudence reprochés à de simples ouvriers qui sont en dehors de la hiérarchie administrative.

Nous ne nous dissimulons pas tout ce que ces deux circonstances peuvent avoir de favorable pour faire admettre la responsabilité de l'Etat, mais nous persistons à penser que, même dans ces circonstances, il ne faut pas faire fléchir la règle de la compétence administrative pour apprécier cette responsabilité. D'une part, en effet, le service des tabacs, quelque ressemblance que son exploitation puisse offrir avec l'industrie privée, n'en est pas moins un service public comme tous les autres services dont l'ensemble constitue notre système financier. Or, tous ces services sont des branches de l'administration ; l'Etat, dans leur gestion, agit toujours comme puissance publique, et, à ce titre, il n'est justiciable, à leur égard, que de la jurisprudence administrative, à moins d'une dérogation expresse et spéciale que nous ne rencontrons pas dans l'espèce.

A la vérité, le Conseil d'Etat a parfois distingué, parmi les services publics, ou, plutôt, parmi les divers actes de la puissance publique, ceux qui avaient un caractère exclusivement politique, mais ce n'a jamais été pour revendiquer, à leur égard la compétence de la juridiction administrative ; c'était, tout au contraire, pour décliner cette compétence. Quant aux services administratifs proprement dits, les seuls dont nous ayons à nous occuper, quel que soit leur aspect extérieur, qu'ils soient relatifs à la haute police administrative, à la régie économique ou financière du pays, ils ont tous le même caractère de services administratifs et, à ce titre, ils ne sont justiciables que de la juridiction administrative sauf les exceptions déterminées par la loi.

Reste la circonstance que ce sont de simples ouvriers qui ont causé l'accident. Mais c'est toujours chose délicate et qui comporte une immixtion dans les détails intérieurs d'un service que d'apprécier les rapports exacts qui existent entre l'Etat et les divers individus qu'il y emploie et les conséquences qui peuvent dériver de ces rapports vis-à-vis des tiers.

Or, une pareille immixtion, une pareille appréciation essentiellement adminis-

trative par son objet, ne saurait appartenir aux tribunaux judiciaires. D'ailleurs, quel que soit le caractère des individus qui ont causé l'accident, il est une chose certaine, c'est que les faits reprochés se rapportent directement à un service administratif, puisque c'est précisément cette circonstance qui est le fondement de la demande. Or, elle suffit pour la faire rentrer dans la règle générale, d'après laquelle toute réclamation formée contre l'Etat à l'occasion d'un service public appartient à la compétence administrative, règle qui n'est, en définitive, que la sanction pratique du principe de la séparation des pouvoirs.

Ce principe, il importe de le maintenir dans toute l'énergie qu'ont entendu lui imprimer ses fondateurs, c'est ce que nous vous demandons de faire en confirmant le conflit élevé par le préfet de la Gironde devant le tribunal civil de Bordeaux, dans l'instance engagée par le sieur *Blanco* contre l'Etat ».

§ II. — Analyse et mise en forme de l'argumentation

L'incompétence de l'autorité judiciaire pour déclarer l'Etat *débiteur de responsabilité pécuniaire* à l'occasion du *fonctionnement des services publics* peut être envisagée :

— soit comme une déduction particulière d'une incompétence générale pour déclarer l'Etat débiteur *de toute dette ;*

— soit comme une déduction particulière d'une incompétence générale pour « statuer sur les réclamations formées contre l'Etat à l'occasion du *fonctionnement des services publics* ».

Le premier système se fonde sur la règle de « *l'Etat débiteur* ».

Le second directement (4) sur la règle de la séparation des pouvoirs en tant que limitation de la compétence judiciaire pour *la garantie de l'indépendance administrative.*

Cela posé, l'idée maîtresse des conclusions David consiste dans le *désaveu* du motif tiré de la première argumentation, c'est-à-dire de la règle de l'Etat *généralement* débiteur — et dans *l'adoption* du motif tiré de la règle de la séparation des pouvoirs, en faveur de l'incompétence judiciaire et de la compétence administrative, pour déclarer l'Etat *spécialement* débiteur, débiteur non plus de *toute* espèce de dette, mais de cette espèce *particulière* de dette : *la responsabilité* pécuniaire « à l'occasion des *services publics* ».

Ainsi, une première branche du système David est l'*argument direct de compétence :* garantie politique de l'indépendance administrative déduite du principe de la « séparation des pouvoirs » et de l'institution même de la juridiction administrative : on reconnaît le thème de l'arrêt *Dekeister* (v. *supra*, p. 113).

Une seconde branche — et, pour David, secondaire — est *l'argument indirect de fond* tendant à établir *l'incompétence du*

(4) Directement, parce que, nous l'avons vu (*supra*, p. 124, n. 44), la règle de la séparation des pouvoirs a été l'un des fondements invoqués pour la règle de « l'Etat débiteur » elle-même. Ce point semble avoir échappé au commissaire du gouvernement David (v. *supra*, p. 135).

juge civil pour la responsabilité de l'Etat *par le biais de l'inapplicabilité du Code civil* à la responsabilité civile de l'Etat soumise à des règles techniques spéciales et variables selon les services.

On reconnaît, dans ces deux arguments, *la raison politique d'éviction* — et *la raison technique d'inaptitude* — de l'autorité judiciaire, de l'arrêt *Rothschild* (v. *supra*, p. 112 et 125). Une double nuance apparaît toutefois dans la dialectique de David, à qui il n'a pas dû échapper que le point faible du système est la pertinence du second motif. Aussi, d'une part, le relègue-t-il comme nous venons de l'indiquer, au second plan et s'efforce-t-il, d'autre part, d'en sauver la pertinence par la considération du « véritable embarras » que l'exclusion du droit civil et les modalités techniques du régime de la responsabilité de l'Etat constitueraient pour la juridiction judiciaire. Nous verrons bientôt le parti qui devait être, par la suite, tiré de cette idée (cf. *infra*, p. 146, n. 15).

Mais ce n'est pas tout, et le système de David comporte une troisième branche : avec *l'argument direct de compétence* et *l'argument indirect de fond*, vient s'articuler *un argument législatif a contrario* en faveur de la règle générale « de la compétence administrative, tiré de... la multitude des « lois spéciales » instituant des « cas déterminés » de compétence judiciaire, « exceptions confirmant la règle ». Et cet argument (5) repose lui-même sur une proposition qui apparaît, en dernière analyse, comme une clef de voûte des conclusions David, savoir : l'institution d'une justice administrative « ayant eu, dès le début, PARALLÈLEMENT à l'autorité judiciaire, sa place marquée et son domaine propre ». Or, pour suivre cette métaphore géométrique, qui dit : « parallèle », dit : « sur le même plan », et, pour revenir au langage juridique, poser que la juridiction administrative est — *secundum subjectam materiam* — compétente *normalement sans texte dans ce sens et sauf texte contraire*, c'est voir, dans la juridiction administrative, selon l'affirmation de M. Jean Appleton (6), une juridiction NON D'EXCEPTION, mais « DE DROIT COMMUN ».

Système à trois branches, en lequel on retrouve — sauf l'abandon de la règle de « l'Etat débiteur » — l'argumentation antérieure du Conseil d'Etat, et dont nous réservons, pour le moment, l'examen (cf. *infra*, p. 213).

Voilà, croyons-nous, quel était — encore (7) — le « point » logi-

(5) Dont l'esquisse apparaissait aussi dans la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat (cf. *supra*, p. 112).

(6) Traité du Contentieux adm., 1927, n° 15, p. 30. Cf. *infra*, p. 403 et s.

(7) Cf. *supra*, p. 124 et s.

que de la question de compétence en matière de la responsabilité de l'Etat, à cet instant de l'histoire où, sur le dernier mot des conclusions que nous venons d'analyser, s'est tue, en un silence tragique, la voix du commissaire du gouvernement David.

Ce silence, comment allait-il être rompu ? De cette tragédie, quel allait être le dénouement ?

SECTION II

L'ARRET

§ I. — La décision et son prononcé

« Le Tribunal des Conflits :

Vu les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fruct. an III ; Vu l'ordonnance du 1er juin 1828 et la loi du 24 mai 1872 ;

Considérant que l'action intentée par le s. *Blanco* contre le préfet de la Gironde, représentant l'Etat, a pour objet de faire déclarer l'Etat civilement responsable par application des art. 1382, 1383 et 1384 C. civ., du dommage résultant de la blessure que sa fille aurait éprouvée par le fait d'ouvriers employés par l'administration des tabacs ;

Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ;

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ;

Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ;

Art. 1er. — L'arrêté de conflit est confirmé ».

Le Tribunal des Conflits?

Oui — et non...

« J'ai presque tort, observait, en 1906, M. BERTHÉLEMY, maître éminent du Droit administratif devant la Société Générale des Prisons (8), de dire que

(8) R. Pénit., 1906, p. 516 et 517. Les défenseurs mêmes, et des plus éminents, de l'arrêt *Blanco*, ne peuvent dissimuler ce fait historique — et combien significatif — du sauvetage de la thèse de l'administration, en l'espèce du ministre des Finances, par... le minitre de la Justice. « Le Tribunal des Conflits se partage, IL FAUT APPELER LE GARDE DES SCEAUX (c'était M. Dufaure) QUI SE PRONONCE POUR LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE ». (Comm. du gouv. TEISSIER, dans ses conclusions *Feutry*, D. P. 1908.III.49). Cf. également LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 681, *in fine*. — « Tout est prévu, écrit M. Louis TROTABAS, pour tenir la balance égale entre les deux juridictions... Tout, sauf, peut-être, il faut bien l'avouer, la présence, à la tête de ce tribunal, du ministre de la Justice, CAR CELUI-CI PARAÎT, PAR TENDANCE, PLUTÔT PORTÉ A FAVORISER LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES — et il est remarquable, en effet, que les arrêts les plus importants, qui ont marqué LES CONQUÊTES de cette juridiction, comme l'arrêt *Blanco*, par exemple (et l'arrêt *Feutry* comme nous le verrons bientôt : *infra*, p. 152), ont été rendus sous la pré-

c'est le Tribunal des Conflits qui a décidé. C'est, à la vérité, M. DUFAURE. Le Tribunal, en effet, était divisé. On a dû faire intervenir le Garde des Sceaux, son président, pour départager les voix. M. DUFAURE a incliné vers la compétence administrative parce que cette compétence était alors traditionnelle. Je vais vous en dire tout de suite la raison : cela tenait à ce que, dans les relations de l'Etat et de ses créanciers, on appliquait à faux depuis le début du siècle une vieille loi de la Révolution exigeant que toute dette de l'Etat fût constatée par les tribunaux administratifs. Si, pour décider que *Blanco* devait porter sa réclamation devant le Conseil d'Etat, on s'était encore appuyé sur cette règle surannée, il n'y aurait quasi rien à dire. Mais, comme les théoriciens, avec raison d'ailleurs, ne cessaient de condamner cette règle sur les dettes de l'Etat, on fit un effort et la jurisprudence se décida à ne la plus invoquer. Alors, qu'est-ce que le Tribunal des Conflits devait faire ? Déclarer incompétent le tribunal administratif, *cela ne saurait faire de doute*. Ce fut l'avis de la moitié du tribunal. L'autre moitié voulait bien ne plus invoquer le mauvais motif, mais elle voulait réserver la solution. M. DUFAURE eut à les départager : il leur répondit : *Motivez comme vous voudrez* (!) mais ne changez pas, puisque vous n'êtes pas d'accord, ce qui s'est fait jusqu'à présent. Gardez la compétence administrative. C'est alors qu'on a cherché à fonder le maintien de cette compétence sur cette idée QUI NE TIENT PAS DEBOUT : la non-application à l'Etat des articles 1582 et 1384 du Code civil... »

Mais n'anticipons pas sur l'examen de fond, et marquons maintenant les points d'insertion de l'argumentation de l'arrêt *Blanco* dans le cadre historique et logique tracé il y a un instant.

§ II. — L'argumentation et sa critique formelle

Ainsi, le Tribunal des Conflits cédant aux adjurations du commissaire du gouvernement David a tranché la question dans le sens de ses conclusions. Mais encore, de celles-ci, qu'a-t-il retenu ?

L'invocation, d'abord, ... naturellement, au couple hiératique et tutélaire des deux lois des 16-24 août 1790 et 16 fruct. an III.

Et puis, ce rite cultuel accompli, l'arrêt *Blanco* nous présente... quatre lignes textuelles de l'arrêt précité (*supra*, p. 111, n. 24) du Conseil d'Etat du 7 mai 1862, *Vincent*, J. P. J. A., t. 14, p. 218, simple condensation de l'arrêt *Rothschild :*

« *Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat...* jusqu'à : *de particulier à particulier.* »

Et puis, deux lignes de l'arrêt *Rothschild* lui-même :

« *Que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue* (9), etc.... »

Et, enfin, une ligne propre aux conclusions David :

sidence effective du Garde des Sceaux ». (*Constitution et Gouvernement de la France*, 1930, p. 87 et 88)

(9) Nous avons précédemment noté (cf. *supra*, p. 108, n. 16) que cette formule se trouvait dans l'arrêté de conflit du préfet de l'Hérault au sujet de l'affaire *Dupart*, Cons. d'Et. sur Confl., 8 août 1844, D. P. 1845.III.3.

« et la nécessité de concilier les droits de l'Etat et les droits privés.»

Ainsi, nous voyons l'arrêt *Blanco* ABANDONNER TOTALEMENT ce que nous avons reconnu constituer l'argumentation *de premier plan* des conclusions David : atteinte portée à la « liberté d'action » de l'administration par la compétence judiciaire.

Et c'est l'argumentation reléguée *au second plan* dans les conclusions David qui, dans l'arrêt *Blanco*, revient non seulement au premier plan, mais TOUTE SEULE : inapplicabilité du droit civil.

Une fois de plus, voilà encore les violons de la thèse administrative désaccordés ! Comment, dans ces conditions, celle-ci prétendrait-elle exiger de ses adversaires plus de foi que d'elle-même en la valeur de ses arguments ?

Or, on ne saurait faire, aux éminents rédacteurs de l'arrêt *Blanco*, l'injure de supposer que, prenant à la lettre la boutade ministérielle: « Motivez comme vous voudrez » (cf. *supra*, p. 142), ils aient choisi à la légère, parmi l'argumentation des conclusions David. Nous ne pourrions davantage nous poser en confident de leur pensée, mais n'est-il pas permis d'observer que, pour faire table rase, pour se priver bénévolement, de la branche première et maîtresse, non seulement de l'argumentation David, mais de l'arrêt Rothschild (v. *supra*, p. 112), pour risquer, sous le feu de l'ennemi, la délicate — et dangereuse — manœuvre d'un tel changement de front, ils ont dû s'y voir contraints par une raison sérieuse ? Ce qui s'est alors passé dans leur esprit, eux seuls le savent, mais ne peut-on remarquer que tout s'est passé comme si — EN L'ESPÈCE — cet argument tiré de la « séparation des pouvoirs » interdisant le « trouble » des « opérations des corps administratifs », la « citation des administrateurs » et la « connaissance des actes administratifs » n'était pas DÉCEMMENT invocable pour le cas d'un préjudice causé par une infraction *pénale* de blessures par imprudence reprochée à des *ouvriers* d'une manufacture *de tabacs* — déjà traduits, SANS CONFLIT DE L'ADMINISTRATION, devant le tribunal civil (10) ? Comment donc David avait-il pu, dans cette hypothèse, jouer de cet argument ? Voici la réponse : c'est à la faveur d'un tour d'escamotage — difficilement saisissable, il est vrai, dans sa dextérité — qui consiste à déduire la compétence administrative de l'argument du « trouble administratif » portant sur « l'acte administratif », sur le « fait de

(10) A la différence, déjà soulignée (*supra*, p. 111, n. 25), entre les espèces *Blanco et Rothschild*, se mesure le progrès réalisé, du second Empire à la troisième République, dans la prétention administrative.

service », correct ou non, mais accompli, par définition, DANS LE CERCLE du service — et, en même temps, à introduire — à embrasser — clandestinement, dans la même conclusion, le cas de la « faute personnelle » (Conclus. David, *supra*, p. 133) perpétrée « DANS L'EXERCICE », « DANS L'ACCOMPLISSEMENT », « A L'OCCASION » du service (*ibid.*, p. 133, 134, 135, 137, 138), en appliquant ainsi à celui-ci — à la faveur d'une double et trop habile équivoque dialectique et verbale — le bénéfice d'une augmentation qui lui est étrangère (11).

Cette habileté a pu paraître excessive — et périlleuse — au Tribunal des Conflits de l'arrêt *Blanco*. Reculant devant le paradoxe, il a dû prudemment préférer *sauver la face* en se bornant à viser — sans les exploiter — les textes de 1790 et de l'an III, en se repliant sur *l'argument indirect de fond*, en raccrochant, en quelque sorte, la compétence administrative à la branche secondaire du système de l'arrêt *Rothschild* et des conclusions David.

La face a été sauvée, mais — à l'aide d'un visa non pertinent, car les lois de 1790 et de l'an III visées par l'arrêt *Blanco* constituent une limitation du domaine de la compétence judiciaire par la garantie politique de l'indépendance de *l'administration*.

Elles n'ont donc rien à voir avec le régime et la nature de la responsabilité de *l'Etat* (12). Autrement dit, la « séparation des pouvoirs » *hoc sensu* (cf. *infra*, p. 273 et s.) est faite pour jouer contre l'autorité judiciaire *et l'autorité administrative* et nullement entre l'autorité judiciaire *et l'Etat* (cf. *infra*, p. 304).

Bref, le rattachement de l'argumentation de l'arrêt *Blanco* aux lois de 1790 et de l'an III relève proprement de la formule connue : POST HOC, ERGO PROPTER HOC. On en connaît également la valeur logique (13).

(11) C'est la constante équivoque, ci-dessus dénoncée (p. 62) entre le fait juridiquement COMPRIS — et le fait qui n'est que matériellement COMMIS — DANS les fonctions, entre le fait « fonctionnel » et le fait « para-fonctionnel » mais personnel (v. *supra*, p. 63, n. 153). *On n'accepte, au fond, la responsabilité de l'Etat que pour le premier, mais on revendique, à l'égard de l'Etat, la compétence administrative même pour le second.* Tactique avantageuse, mais position bien dangereusement avancée et à la merci d'une surprise... qui sera... mais n'anticipons pas... l'arrêt *Dame Mélinette* (v. *infra*, p. 184 et n. 111).

(12) Sur le manque de pertinence de ce visa, voir la citation de M. E. BARTIN dans notre note 14 de la p. 145.

(13) A cet égard, le second Tribunal des Conflits, celui de l'arrêt *Blanco*, s'est montré sensiblement inférieur au premier, celui de la série des arrêts MANOURY, etc. (cf. *supra*, p. 109). Quelle que soit, en effet, la gravité des objections que nous avons dû opposer aux considérants de l'arrêt *Manoury*, cette décision, du moins, n'encourait pas la critique d'incohérence que nous formulons ici : son visa des

La face a été sauvée, mais — seule sauvée. David avait dit, en substance : la séparation des pouvoirs, en tant que garantie de l'indépendance administrative par la limitation du domaine de l'autorité judiciaire, interdit à celle-ci la compétence pour la responsabilité civile de l'Etat. Mais « il ne faut pas le regretter » parce que le régime de fond spécial de cette responsabilité serait pour la dite autorité judiciaire « un véritable embarras ». Et voici que l'arrêt *Blanco*, abandonnant l'argument direct de compétence, s'arme uniquement de l'argument indirect de fond pour faire, de ce qui n'était qu'une simple fiche de consolation, un argument unique et décisif. C'était tomber de Charybde en Scylla. Quelle que puisse être, en effet la spécialité du régime de la responsabilité de l'Etat — question de fond dont l'examen, déjà amorcé dans notre introduction, doit faire l'objet des Chapitre I et III du Titre III (*infra*, p. 215, p. 346 et s.), rien, et notamment en cette matière, n'autorise à déduire, de l'inapplicabilité *du droit civil*, l'inacceptabilité *du juge civil*. La précarité de ce postulat a été dénoncée par des auteurs tels que Teissier (v. *infra*, p. 198), Michoud (v. *infra*, p. 199), Gény (v. *infra*, p. 201), en des termes qui nous paraissent décisifs (14).

Toutefois, comme un parti de la doctrine contemporaine s'attache,

lois de 1790 et de l'an III était pertinent au regard de son motif : « interdiction aux tribunaux judiciaires de la connaissance des actes administratifs » (*cf. supra, ibid.*).

(14) Non moins décisif nous apparaît ce passage remarquable et, à nos yeux, difficilement critiquable, du *Cours de Dr. civ.* de MM. Aubry et Rau, 5e éd., t. VI, 1920, par M. Etienne Bartin, § 447, note 18 *bis*, p. 389 et s. : « La jurisprudence du Tribunal des Conflits tranche, d'abord, la question de fond : « La reponsabilité de l'Etat ne peut être régie par les principes du droit civil ; elle n'est ni générale, ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat et ceux de l'individu ». Elle en tire ensuite, comme conclusion, l'incompétence de la juridiction civile et la compétence nécessaire de la juridiction administrative... Mais il est fort remarquable que les textes sur lesquels cette jurisprudence est établie sont des textes du droit intermédiaire qui consacre le principe de la séparation des pouvoirs, les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, c'est-à-dire des textes dont il semble qu'il faille tirer *tout d'abord et même seulement* la solution de la question de compétence, *sauf à conclure ensuite* de la solution de la question de compétence à la question de fond. Telle est, croyons-nous, *la marche régulière et logique du raisonnement :* compétence de la juridiction administrative d'abord, fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs, mais cette compétence, il importerait peu de l'établir si elle ne devait entraîner l'application, au fond, de règles différentes de celles du droit civil... Ici, la détermination de la juridiction emporte la détermination du fond, parce que la juridiction dont il s'agit ne juge pas comme les autres... » D'où, et conformément à notre propre conclusion, il résulte que *le visa législatif de l'arrêt Blanco manque de pertinence par rapport à son motif, comme celui-ci manque de pertinence par rapport à son dispositif.*

J. L.

en manière de rajeunissement de la « séparation des pouvoirs » (15), à fonder précisément toute la justification de la juridiction administrative sur *l'inaptitude technique professionnelle* de la juridiction judiciaire à connaître du contentieux administratif, nous reviendrons sur ce point — pour maintenir notre conclusion — lorsque nous examinerons l'argumentation de ce système que nous appellerons : le « néo-séparatisme » (cf. *infra*, p. 334 et s.).

La face a été sauvée, mais — à quel prix ? Les considérants de fond de l'arrêt *Blanco*, empruntés, avons-nous vu, à la jurisprudence administrative antérieure, ces considérants tout juste permis au Conseil d'Etat, juge de fond, lorsqu'il statuait en formation « quasi-contentieuse » sur conflit, c'est-à-dire comme juge de compétence, ne constituent-ils pas, sous la signature du Tribunal des Conflits, pur juge de compétence (16), une grave atteinte aux principes constitutionnels, un excès de pouvoir caractérisé, et, ce faisant, notre Tribunal suprême de la compétence n'est-il pas regrettablement sorti de la sienne ?

Le Conseil d'Etat — même sur conflit — se tenait dans la légalité, puisque cette juridiction cumulait les attributions de juge de la compétence et de juge du fond.

Nous admettrons même que le premier Tribunal des Conflits n'excédait pas sa compétence en motivant — discutablement, nous l'avons vu (*supra*, p. 109) — ses décisions par la nécessité d'une interprétation et d'une appréciation de règlements administratifs.

Mais, que le second Tribunal des Conflits, *pour rendre un jugement de compétence, commence par excéder la sienne* en énonçant ou, tout au moins, en prenant à son compte, sans référence d'ail-

(15) Rénovation qui consiste précisément, nous le verrons (*infra*, p. 338 et s.), en une très habile et séduisante — mais non moins arbitraire — *novation* du principe de la séparation des pouvoirs, par transmutation, par *retournement*, de son caractère *traditionnel, constitutionnel* et *politique*, en un caractère *innové* de pure *opportunité technique*, véritable escamotage de la séparation, comparable à la transmutation ci-dessus dénoncée (p. 95), du principe *commutatif* de *réparation* en principe *distributif* de *répartition*.

(16) Il sera loisible de nous objecter ici que, depuis la loi du 20 avril 1932, le Tribunal des Conflits est devenu juge de fond. Rien n'est plus exact, nous n'en convenons d'ailleurs pas sans regret. et nous ne saurions manquer de revenir sur cette question, à l'examen de laquelle nous consacrerons un Appendice en fin de cette étude (*infra*, p. 416 et s.). Mais il nous sera, dès à présent, permis d'observer : non seulement que nous sommes, avec l'arrêt *Blanco*, en 1873 et non en 1932, mais encore que, même depuis la loi — grave — du 20 avril 1932, la reconnaissance du Tribunal des Conflits comme juridiction de fond n'est — heureusement — admise que pour une conjoncture très restrictivement déterminée et qui n'est, en aucune manière, celle de l'arrêt *Blanco*.

leurs (17), une règle de fond sur la responsabilité de l'Etat, voilà un point de forme qu'il nous paraît difficile de ne pas relever (18). De sorte que, sans aller jusqu'au jugement de la constitutionnalité des lois, s'il eût existé seulement un juge de la constitutionnalité des jugements du Tribunal des Conflits, l'arrêt *Blanco* devait lui être déféré *pour inconstitutionnalité*. Conclusion : En présence de cette irrecevabilité formelle de l'arrêt *Blanco*, nous pourrions très légitimement nous dispenser de passer à la discussion du fond et terminer ici notre critique. Mais nous n'aurons aucune raison d'éluder le débat.

Pour le moment, toutes réserves faites sur l'exactitude intrinsèque du principe de l'inapplicabilité du Code civil à la responsabilité civile de l'Etat auquel se réduit l'armature de l'argumentation de l'arrêt *Blanco*, et dont nous nous proposons l'examen (19), nous croyons, à la lumière de la critique simplement formelle qui précède, avoir découvert en l'arrêt *Blanco :*

1° *Un visa non pertinent par rapport au motif*, qui ne peut se réclamer des textes constitutifs de la « séparation des pouvoirs » — ET, PARTANT, D'AUCUNE BASE LÉGALE ;

2° *Un motif non pertinent par rapport au dispositif ;*

3° *Une argumentation inconstitutionnelle.*

Et, encore une fois, ces déductions nous permettraient de tenir la discussion de l'arrêt *Blanco* comme close. Mais l'objet de notre recherche n'est pas seulement l'arrêt *Blanco :* c'est la thèse intégrale de la compétence administrative en matière de responsabilité pécu-

(17) L'arrêt *Blanco*, a déclaré — après M. Roger BONNARD (Note au S. 1931.III. 97, § 1er, al. 2) — M. le commiss. du gouv. ROUCHON-MAZERAT, précisément dans l'affaire *Dame Mélinette* où se jouait le sort de la thèse administrative (cf. *infra*, p. 170 et s.) A POSÉ EN PRINCIPE que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat... »

(18) Il nous arrive, en ce point, de nous séparer de l'auteur d'une récente et savante étude : M. Pierre LAROQUE, *Les Conflits d'attributions*, R. *Dr. Publ.*, 1932, p. 67, 68, mais, par contre, de nous rencontrer, comme nous le verrons dans un instant (*infra*, p. 196 et s.), avec les autorités difficilement récusables de Léon MICHOUD, François GÉNY, Félix MOREAU. Aussi bien, nous ne prétendons nullement *que la décision sur la compétence soit exclusive de l'examen du fond*. La compétence, en effet, peut être déterminée par des considérations de fond ou de procédure. Ce que nous observons, c'est : *d'abord*, que le Tribunal des Conflits ne s'est pas borné à connaître du fond : il a posé un principe de fond du droit, principe que, parmi toutes les juridictions, il était la seule non qualifiée pour poser, comme étant la seule juridiction juge de la seule compétence — *ensuite* (nous venons de le voir), que cette raison de fond, même exacte, n'était pas pertinente — *enfin* (nous le verrons au Chap. I du Titre suivant), que son exactitude même est éminemment contestable.

(19) Pour le Chap. I du Titre suivant.

niaire de l'Etat, thèse trahie, nous venons de le voir, en même temps que sauvée, par l'arrêt *Blanco*.

Avant, toutefois, de l'aborder, nous devons d'abord examiner ce que nous avons appelé « la fortune » de l'arrêt *Blanco*.

CHAPITRE II

LA FORTUNE DE L'ARRET BLANCO

Comment se sont, au regard de l'arrêt *Blanco*, comportées respectivement *la jurisprudence*, *la doctrine*, *la loi*, c'est ce que nous nous proposons d'examiner en trois Sections correspondantes du présent Chapitre.

SECTION I

L'ARRET *BLANCO* ET LA JURISPRUDENCE

L'histoire jurisprudentielle de l'arrêt Blanco peut se diviser en trois stades, savoir : *la consécration*, *la triple fissure*, *la brisure*. A chacun, nous consacrerons un paragraphe.

§ 1. — La consécration

La jurisprudence de l'arrêt *Blanco* s'est trouvée consacrée : d'abord, par *l'adhésion de la juridiction judiciaire ;* puis par l'arrêt de conflit *Feutry* (20). Chacun de ces deux points fera l'objet d'un article.

(20) Il convient de noter que, dès 1875, deux ans après l'arrêt Blanco, le nouveau Tribunal des Conflits, toujours sous l'inspiration du comm. du gouv. DAVID, avait fait un nouveau et double présent à la thèse de la compétence administrative par ses deux arrêts *Ramel* et *Renaux*, du 29 mai et du 31 juill. 1875, que devait confirmer son arrêt *de Divonne* du 20 mai 1882 (D. P., 1876.III.45 et 1884.III.41). Ces décisions concernaient des préjudices délictuels commis dans l'exécution des services des douanes et des contributions indirectes et pour lesquels, quarante ans plus tôt, L'ADMINISTRATION NE DISCUTAIT MÊME PAS LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE : v. Req., 30 janv. 1833, *Vve Paul*, et Grenoble, 13 mars 1834, *Vve Muretin* (DALLOZ, J. G., t. 39, v° *Responsabilité*, n° 639, p. 428, n. 2 et n. 3).

ARTICLE 1. — L'ADHÉSION DE LA JURIDICTION JUDICIAIRE :

La captivité de Babylone

« *Super flumina Babylonis,*
« *Illic sedimus et flevimus*
« *Cum recordaremur Sion.*
« *In salicibus in medio ejus*
« *Suspendimus organa nostra* ».
(LIVRE DES PSAUMES, CXXXVII).

Alors que la Cour de Cassation avait, jusqu'en 1870, su opposer à la jurisprudence du premier Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat l'irréductibilité de son « *non possumus* », la Cour de Cassation de la troisième République crut devoir capituler sans conditions — sinon sans regrets — devant la *déclaration de volonté du ministre* qui avait départagé le second Tribunal des Conflits. Les auteurs publicistes ne pouvaient invoquer à l'appui de la thèse de l'arrêt *Blanco* plus éclatante et plus décisive consécration (21). Ce n'est même pas du 4 avril 1876, comme l'indique M. Teissier, avec le célèbre arrêt *Larre-Brusset*, mais bien de l'arrêt Cass. Civ., 30 décembre 1873, *Peltier* (22), que date le départ pour cette nouvelle captivité de Babylone, aux sons de la harpe défaitiste de l'avocat général Blanche (23). Ce qu'une telle servitude pouvait avoir de pénible, des auteurs aussi qualifiés que peu suspects de civilisme ne l'ont point dissimulé :

« *Ce qui est fâcheux,* écrivait M. HAURIOU dans la 1re édition du *Précis* (1892, p. 70 (24), au sujet de la théorie de la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat) c'est de voir la Cour de Cassation, *qui devrait être la gardienne des droits individuels,* s'y rallier après avoir autrefois résisté. »

De même, dans la thèse classique précitée de M. Mestre sur la règle de « *l'Etat débiteur* » (Paris, 1899, p. 17), on pouvait lire :

(21) Nous extrayons cette jurisprudence de l'ouvrage précité de M. G. TEISSIER, n° 57, savoir : Cass., 4 oct. 1876, D. P. 1877.I.69 ; 19 nov. 1883, D. P. 1884.I.246 ; 26 août 1884, S. 1885.I.128 ; 27 oct. 1897, S. 1898.I.144 ; 2. déc. 1899, S. 1900.I.504, reproduction textuelle de l'arrêt *Blanco ;* 3 juill. 1905, Bull. Cass. civ. 1905, p. 124. On pourrait y ajouter un nombre incalculable de décisions, soit de la Cour de Cassation elle-même, soit des Cours ou Tribunaux. Cf. également Pierre DARESTE, *Voies de Recours*, 1914, p. 520, n. 2. Une mention spéciale est due à l'arrêt : Riom, 12 janv. 1880, *Rossignol*, S. 1881.II.20 (v. *infra*, p. 276).

(22) Civ., 30 déc. 1873, D. P. 1874.I.379. Arrêt *Peltier* (qu'il faut se garder de confondre avec l'arrêt *Pelletier* du Tribunal des Conflits, en date du 30 juillet 1873).

(23) Cf., au D. P. 1874.I.379, les conclusions de ce magistrat.

(24) Et même dans la 2e éd., 1895, p. 695. — Il va de soi que, lorsque nous nous référons à une édition d'un ouvrage *autre que la dernière*, nous entendons seulement saisir *un instant de la pensée* de l'auteur, en réservant *sa légitime évolution ultérieure*.

« La Cour de Cassation, dès qu'on ne lui a plus opposé la règle « de l'Etat débiteur », s'est montrée très conciliante, *trop conciliante selon nous*, en reconnaissant la compétence administrative relativement aux actions en indemnités lorsqu'elles sont dirigées contre l'Etat à raison d'un préjudice imputé au fait des agents employés dans un service public. »

Non seulement la juridiction judiciaire se soumit à l'arrêt *Blanco*, mais elle devait de même souscrire aux arrêts *Feutry*, *de Fonscolombe* (25), etc. Elle est même, hélas ! allée plus loin.

En conformité d'une jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits (26), il était — et il est encore — tenu pour constant que les actions en dommages-intérêts contre l'Etat, accessoires à une action en nullité de saisie, relèvent de la compétence judiciaire (27). Or, que voit-on le 9 avril 1924 ? Un arrêt de la Cour de Paris venant confirmer un jugement du tribunal de la Seine (28) qui, après avoir annulé une saisie effectuée *sur l'initiative administrative* des contributions directes, s'est déclaré incompétent pour statuer sur la demande d'indemnité. Ainsi, la juridiction judiciaire, après avoir pu apprécier, condamner, un acte *administratif*, s'interdit d'évaluer les conséquences de cet acte et d'en reconnaître l'Etat débiteur. N'est-ce pas proprement, en vérité, le manoir à l'envers ? Et cela, nous venons de le voir, contre les précédents de la jurisprudence administrative elle-même (29).

Il est, cependant, un point sur lequel la juridiction judiciaire a longtemps défendu et sauvegardé le principe de sa compétence en

(25) Cf. *infra*, p. 152, n. 34.

(26) Cons. d'Et., 20 avr. 1847, S. 1847.II.492 ; Trib. Confl., 30 mai 1850, J. P. J. A., t. 11, p. 365 (Arrêts *Dubochet* et *Dion-Lambert*).

(27) Dans son ouvrage si hautement autorisé et apprécié : *Les Voies de Recours*, M. Pierre Dareste revient à maintes reprises sur ce principe : § 61, p. 234, n. 1 ; § 164, p. 582 et 583 ; § 170, p. 604 et 605 : « Il en est de même (compétence judiciaire) *pour tout ce qui concerne les actions en responsabilité connexes aux contestation sur les voies d'exécution.* »

(28) Voir S. 1927.III.107, col. 3, sous Cons. d'Et., 1er juill. 1927, *Demoreuil*, avec note de M. Hauriou et D. P. 1928.III.21, avec la note précitée (*supra*, p. 66, n. 161) de M. Louis Trotabas. — Même abdication relevée dans l'arrêt : Civ., 9 déc. 1931, D. P. 1932.I.73, col. 1, lignes 1 à 4.

(29) Et le Conseil d'Etat républicain de 1927 n'a eu garde de laisser échapper si belle occasion de redresser — dans le sens administratif — le libéralisme du Conseil d'Etat royal de 1847 (Arrêt *Dubochet* précité, du 20 avril 1847), non seulement en acceptant cette offre déconcertante de compétence, mais *en s'installant sur la position qu'on lui abandonnait*, en consacrant cette heureuse et facile conquête par ses arrêts : *Beauville*, du 11 avril 1930 (D. H. 1930, p. 383) ; *Lorin*, du 17 juill. 1931 ; *Larroque*, du 8 juill. 1932, avec l'aveu formel de M. le commissaire du gouvernement Rousselier en ses conclusions, D. P. 1932. I.69, col. 2, alinéa : « Une semblable requête.... » *Sortie par la porte de la validité de la saisie discutable, la compétence administrative est rentrée par la fenêtre de la réparation pécuniaire des conséquences de la saisie invalidée.*

matière de responsabilité de la Puissance publique : c'est à l'égard des personnes publiques *autres que l'Etat*. Deux arrêts : Civ., 3 avril 1905, *Ville de Boulogne-sur-Mer*, S. 1906.I.353 et Civ., 2 mai 1906, S. 1907.I.129, statuaient encore en ce sens ; l'arrêt de conflit *Feutry*, auquel nous arrivons, allait emporter cette dernière résistance... Mais, alors qu'ainsi l'ordre semblait, plus que jamais, régner... à Babylone, une autre grave dissidence déjà s'était amorcée, qui ne devait pas avoir le même sort Nous la retrouverons au paragraphe suivant.

ARTICLE 2. — L'ARRÊT « FEUTRY »

La doctrine devançant ici la jurisprudence, avait, de bonne heure, réclamé l'identité de régime de compétence pour toutes les personnes publiques. Mais c'est dans le désert que se perdit sa voix. Laferrière, dès 1896 (30), et surtout Michoud, dès 1897 (31), avaient protesté contre une telle anomalie (32), et c'est plus de dix ans après, par son arrêt du 29 février 1908 *Feutry* (33), que le Tribunal des Conflits se décida à étendre à un département la solution de son arrêt *Blanco*, c'est-à-dire le principe de la compétence administrative en matière de responsabilité (34).

Et encore, l'arrêt *Feutry* fut-il — tout comme l'arrêt *Blanco* — l'œuvre du ministre de la Justice : M. Briand fut le Dufaure de l'arrêt *Feutry* (35). Mais, précisément, la subtile finesse du président n'a-t-elle pas discerné que c'est le sort de l'arrêt *Blanco* lui-

(30) *Traité*, 2e éd., p. 686.

(31) *Resp. des Communes*, R. Dr. Publ., 1897, p. 22.

(32) Dans ses conclusions *Feutry*, le commissaire du gouvernement TEISSIER souligne et critique lui-même l'arrêt du Tribunal des Conflits, 7 mars 1874, *Desmottes*, D. P. 1874.III.54, « proclamant, sans donner d'ailleurs aucune justification juridique de cette affirmation, que les règles relatives à la responsabilité de l'Etat ne sont pas applicables à celles des communes ». Et il relève, comme prêtant à la même critique, les arrêts : Tr. Confl., 25 févr. 1888, *Méjanel*, D. P. 1889.III.52, et 21 nov. 1896 ; *Guidez*, D. P. 1898.III.15.

(33) D. P. 1908.III.49 ; S. 1908.III.97, avec les conclusions du comm. du gouv. TEISSIER et une note de Maurice HAURIOU (N. A. H., I, p. 573).

(34) Puis, par son arrêt du 11 avril 1908, *de Fonscolombe*, S. 1909.III.49 à une commune, et, par celui du 23 mai 1908, *Jouillié*, *ibid.*, à un établissement public.

(35) Détail assez piquant : avec une remarquable intuition confinant réellement à la prescience, le comm. du gouv. TEISSIER n'avait pas manqué, dans ses magistrales — et habiles — conclusions, de rappeler à la haute juridiction (nous l'avons vu, *supra*, note 8 de la p. 141), le précédent du prononcé de l'arrêt *Blanco*. — Il convient de signaler ici l'article du plus haut intérêt publié à cette occasion par M. JÈZE dans la *Revue du Droit Public* de 1908, p. 257 et s., sur la *Présidence du Tribunal des Conflits* et relatant la discussion à la Chambre de la proposition de loi de M. GROUSSEAU en vue de la modification, sur ce point, de l'art. 25 de la loi du 24 mai 1872.

même qui était en jeu ? L'illogisme, en effet, de la dualité des compétences ne pouvant tenir plus longtemps, *il fallut se résoudre à verser la responsabilité des « succédanés de l'Etat » dans la compétence administrative si l'on ne voulait pas voir la force de la raison verser la responsabilité de l'Etat dans la compétence judiciaire.*

« Il est urgent, écrivait alors M. HAURIOU (36,) de simplifier le contentieux administratif par des modifications : le public ne montrant plus la même patience qu'autrefois pour ce qu'il se permet d'appeler irrévérencieusement les chinoiseries de la procédure »...

Le tout était de savoir *dans quel sens* devait se faire l'unification. Et il n'était pas tellement évident que ce fût dans le sens de la compétence administrative.

« Parce que je ne vois pas de raison de traiter ici l'Etat autrement qu'un département ou une commune, je préfère, écrivait M. BERTHÉLÉMY — qui n'est pas un civiliste — *la compétence judiciaire pour l'Etat* » (37).

Ce qui nous importe dans l'affaire *Feutry*, c'est donc moins la question — apparemment principale — de l'extension du régime de la responsabilité de l'Etat à ses démembrements, que l'argumentation de nouveau proposée ici en faveur du principe général de la compétence administrative, intérêt sous-jacent du litige. Quelle a, dès lors, été cette argumentation, d'abord selon les magistrales conclusions du commissaire du gouvernement Teissier, puis selon l'arrêt lui-même ?

Dans les conclusions *Feutry*, on retrouve les conclusions *Blanco* et leur jeu de bascule entre l'argument politique de la séparation des pouvoirs et l'argument technique de l'inapplicabilité du Droit civil. Comme David, M. Georges Teissier pose d'abord le principe véritable de la séparation des pouvoirs :

« la jurisprudence civile ne peut apprécier, ni les actes des autorités administratives pour les annuler, ni les opérations des services publics pour en arbitrer les conséquences dommageables...

« ...La séparation des pouvoirs est faite pour protéger l'administration et pour enlever la connaissance des actes administratifs et l'appréciation du fonctionnement des services publics à l'autorité judiciaire... » (38).

Puis, la compétence administrative se voit ainsi justifiée :

« La responsabilité de la Puissance publique ne peut être arbitrée d'après les règles du droit civil par les tribunaux ordinaires parce que les relations de l'Etat avec ses agents ne sont pas des relations du droit privé... » (39).

(36) Note de M. HAURIOU sous l'arrêt *de Fonscolombe*, S. 1909.III.49 ; N. A. H., I, 593.

(37) *Traité élém. de Dr. adm.*, 1re éd., 1901, p. 487.

(38) N. A. H., I, p. 575, § II, et 576. Ce sont sensiblement les termes de la formule donnée deux ans plus tôt par l'auteur dans son ouvrage : R. P. P., 1906, n° 55 ; cf. *infra*, p. 275.

(39) N. A. H., I, p. 577.

En quoi l'on reconnaît bien le second argument des conclusions David (v. *supra*, p. 139 et 143), l'argument unique de l'arrêt Blanco (v. *supra*, p. 145). Seulement ce qui, pour David, n'était que motif surabondant (v. *supra*, p. 140), ce qui, pour M. Teissier lui-même — en 1906 (40), n'était pas un motif réel, devient, tout au contraire, dans ses conclusions *Feutry*, comme il nous est apparu pour le Tribunal des Conflits de 1873 (v. *supra*, p. 145), le seul argument présentable en faveur de la compétence administrative pour l'Etat dans le cas de la *faute personnelle* de l'agent (41).

Aussi bien le commissaire du gouvernement Teissier n'avait-il pas hésité à jouer, d'autre part, le tout pour le tout, en posant comme inconcevable « la possibilité d'une différence (sous le rapport de la compétence) entre la situation des départements ou des communes ou celle de l'Etat ». Dès lors, comme trente-cinq ans plus tôt dans l'affaire *Blanco*, l'enjeu de la partie dans l'affaire *Feutry* était la thèse de la compétence administrative. Une fois encore, l'instant était critique. Une fois encore, l'Exécutif, juge et partie en la personne du ministre de la Justice, allait l'emporter... Voici l'arrêt *Feutry* :

« Le Tribunal des Conflits : Vu les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III. Vu les ordonnances du 1er juin 1828 et du 12 mars 1831, le règlement d'administration publique du 26 octobre et la loi du 24 mai 1872 — Vidant le partage déclaré dans la séance du 22 février 1908.

Considérant que, par rapport en date du 14 janvier 1907, le sieur *Feutry* a assigné le préfet de l'Oise devant le tribunal civil de Clermont pour entendre dire que le département qu'il représentait était responsable de l'incendie qui avait dévoré, le 5 septembre 1906, deux meules de paille et grains lui appartenant ; qu'il faisait découler cette responsabilité de ce que l'incendie avait été allumé par le nommé *Baudry*, aliéné interné à l'asile départemental de Clermont, que le service de garde de cet établissement avait laissé s'évader, — Considérant que cette assignation ne vise aucune faute personnelle à un agent de l'administration et se détachant de sa fonction ; qu'elle incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public ; *que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire ;* que c'est donc à bon droit que le préfet de l'Oise a revendiqué pour l'autorité administrative la connaissance de la demande formée par le sieur *Feutry* contre le département de l'Oise.

Art. 1er. — L'arrêté de conflit pris le 10 décembre 1907 par le préfet de l'Oise est confirmé. »

Si l'on considère, maintenant, la décision elle-même, on constate que la position de l'arrêt *Feutry* est symétriquement — et natu-

(40) R. P. P., n° 51 ; cf. *infra*, p. 198.

(41) On verra plus loin (p. 374 et n. 145) qu'avec le temps, la thèse administrative a découvert un moyen d'expliquer — et de juguler — le « cumul » des actions en responsabilité, savoir : la prétendue concomitance d'une faute administrative. Par là-même, la compétence se trouve replacée — même dans cette conjoncture de la faute personnelle — sous le signe de la séparation des pouvoirs (cf. *supra*, p. 87).

rellement — inverse de celle de l'arrêt *Blanco*. Ne pouvant décemment, à l'égard de la faute personnelle des ouvriers des tabacs, invoquer la raison politique de la séparation des pouvoirs, le Tribunal des Conflits s'était rabattu sur la raison technique de l'inapplicabilité du droit civil. Se trouvant en présence d'une faute simplement administrative : défaut d'organisation et de surveillance d'un asile d'aliénés, il a justement dédaigné l'argument technique du droit applicable et s'est cantonné dans l'argument politique de la séparation des pouvoirs qui lui paraissait, à la fois, possible et suffisant. Ce n'est donc que sous cette réserve — pouvant ne pas paraître négligeable — que l'arrêt *Feutry* peut être considéré comme une consécration de l'arrêt *Blanco* (42).

La construction, objectera-t-on, n'en recevait pas moins son couronnement — mais nous avons déjà annoncé qu'elle était menacée par trois fissures dont la rencontre devait lui être fatale.

§ II. — **La triple fissure**

D'une part, et même après l'arrêt *Feutry*, la thèse administrative, elle-même, n'est pas absolue :

> « Il n'est pas d'action en dommages-intérêts possible contre l'Etat devant les tribunaux ordinaires, déclarait le commissaire du gouvernement TEISSIER, précisément dans ses conclusions *Feutry*, à l'exception, bien entendu, de celles qui lui sont réservées *par des lois* spéciales, à l'exception aussi de celles dérivant d'opérations afférentes à la *gestion du domaine privé*, à l'exception, enfin, de celles qui se fondent sur une *voie de fait*, une emprise ou une entreprise dans une propriété *immobilière*. »

Certes, il n'est pas une de ces trois « *exceptions* » qui, en une telle matière, ne constitue bien plutôt une *amorce de fissure* dans la construction de la compétence administrative. Mais c'est *la*

(42) Ce n'est même pas à l'arrêt *Rothschild* (v. *supra*, p. 111), évoqué et invoqué par le commiss. du gouv. TEISSIER, que se rattache le motif *Feutry*, mais bien plutôt à l'arrêt *Manoury* (v. *supra*, p. 109). Or, précisément, comme nous l'avons vu — et comme nous le reverrons plus en détail (*infra*, p. 315 et s.) pour l'arrêt *Manoury* — la question est de savoir si la préoccupation légitime « d'enlever à l'autorité judiciaire la connaissance des actes administratifs et l'appréciation du fonctionnement des services publics » (v. *supra*, p. 153) emporte aussi légitimement la nécessité de la compétence administrative *intégrale* pour « l'arbitrage » des conséquences préjudiciables de ces actes ou de ce fonctionnement et même (cas de la faute personnelle) des préjudices dont ces actes ou ce fonctionnement — ou même simplement l'existence du service — n'auront que posé une *condition*. C'est à l'examen de cette question que sera consacré le Chap. II du Titre suivant (*infra*, p. 272 à 332), de même que le Chapitre I (*infra*, p. 215 à 271) traitera de l'argument technique du droit applicable.

seconde (43) que le destin devait développer comme telle en la faisant évoluer de la « gestion *du domaine* privé » à la « *gestion* privée ».

D'autre part, la conjoncture *pénale* a toujours constitué, pour la compétence administrative, un point faible en raison de la plénitude de juridiction pénale de l'autorité judiciaire, et, de même, la conjoncture *travaux publics* en raison du caractère mixte de la personne de l'entrepreneur.

Ainsi s'annoncent les trois fissures : « gestion privée », action pénale », « travaux publics ». Leur examen successif fera l'objet du présent paragraphe.

ARTICLE 1. — LA FISSURE : « GESTION PRIVÉE »

Nous avons vu apparaître, au milieu du XIX^e^ siècle (v. *supra*, p. 129), une distinction de compétence procédant d'une division — d'une véritable *dichotomie administrative* — de l'Etat en « puissance publique » et « personne civile ». Que fallait-il entendre par là ? Voici l'explication fournie en 1848 — donc dès le principe même — par la Jurisprudence générale Dalloz :

« On doit distinguer les actes dans lesquels le gouvernement figure *comme propriétaire* des biens du domaine de l'Etat, de ceux qui ont pour objet *l'administration proprement dite, quoique* la gestion des biens domaniaux constitue, *à vrai dire, une partie intégrante de l'administration publique* et quoique les aliénations et les baux de ces biens se fassent par adjudication publique et devant un

(43) Le sort aurait pu tomber tout aussi bien sur « l'exception » de la législation ou sur celle de la « voie de fait ». D'une part, en effet, nous observerons (*infra*, p. 205 et s.) que l'arrêt *Blanco* est implicitement condamné par de nombreuses lois postérieures et particulièrement par celle du 9 avril 1898. D'autre part, on peut bien, devant l'équivoque de la formule de la troisième « exception », restreindre (comme les comm. du gouv. TEISSIER et ROMIEU : v. TEISSIER, R. P. P., n° 58 et M. Paul DUEZ, R. P. P., p. 186) — ou non (comme la majorité de la doctrine) — la « voie de fait » à la dépossession *immobilière*. Mais il paraît difficile de soutenir, dans le second cas, que la blessure d'Agnès *Blanco* ne constitue pas une « voie de fait » — et, dans le premier, que les biens *autres que la propriété immobilière*, à commencer par la vie, l'intégrité physique ou la considération morale, n'exigent pas une protection au moins égale. Qu'il nous suffise, à cet égard, d'évoquer ici l'âpreté des efforts déployés pour conjurer la menace de la jurisprudence (Cons. d'Et., 15 avril 1868, *Van Rysselberg*, D. P. 1868.III.52), par le « subterfuge » du maintien aux conseils de préfecture de la compétence *en matière d'accidents causés aux personnes* par les travaux publics (V. HAURIOU, note *de Fonscolombe*, N. A. H., I, p. 500 et A. MESTRE, note *Somerville*, S. 1921. I. 353, § 4) alors que Léon AUCOC, lui-même, dans ses conclusions *Van Rysselberg* (arrêt précité), demandait : « *Peut-on croire que le législateur de 1790 avait moins de souci de la vie des hommes que de leurs propriétés?* » Et précisément, si la « voie de fait » n'a pas, en tant que telle, formé « fissure », elle a permis à la conjoncture « travaux publics » de constituer ce que nous appellerons, dans un instant « la troisième fissure ».

fonctionnaire de l'ordre administratif. *L'intérêt général n'a point paru exiger* que les contestations dans lesquelles l'Etat peut être engagé par rapport aux biens qu'il possède et qu'il administre *de la même manière que le ferait un simple particulier*, fussent affranchies des règles de compétence établies *par le droit commun*. Aussi est-il de principe que, lorsqu'il agit *comme propriétaire*, l'Etat, soit qu'il stipule, soit qu'il s'oblige, est considéré comme *un simple particulier* et les actes qu'il fait, quelle qu'en soit la forme, prennent le caractère de conventions privées de la compétence *des tribunaux ordinaires*, sauf le cas où, par des motifs particuliers il serait dérogé à cette règle par un texte exprès (44)...

...En général, les actions soit en indemnité soit en dommages-intérêts sont de la compétence de l'autorité judiciaire quand elles sont dirigées contre l'Etat lui-même considéré comme simple *propriétaire de son domaine privé* » (45).

Ainsi la compétence redevenait judiciaire lorsque l'Etat apparaissait comme « personne civile », et l'Etat apparaissait comme « personne civile » en tant que « propriétaire de son domaine privé » et parce que, dans cette conjoncture, il administre « *de la même manière que le ferait un particulier* ». Et puis, comme il faut expliquer cette capitulation (46), on découvre que *les actes de gestion du domaine privé ne sont pas des actes administratifs :*

« Le pouvoir exécutif *n'administre pas* non plus à proprement parler *quand il pourvoit à la gestion des biens compris dans le domaine de l'Etat.* La qualification *d'actes administratifs* n'appartient qu'à ceux par lesquels s'exerce *l'administration pure* dont la mission est de *protéger les intérêts généraux de la société en surveillant l'action des particuliers* » (47).

Ainsi, vers 1840, *la gestion du domaine privé* se voit abandonnée à la *compétence judiciaire :*

1° parce que, en son *mode*, elle *ressemble à l'activité des particuliers ;*

2° parce que, en son *objet*, elle *n'est pas « l'administration pure ».*

Puis, l'on en vint à considérer que ce n'est pas seulement comme « propriétaire » que l'Etat se comporte « en personne civile » et « agit comme un particulier ». Ce que nous avons appelé (*supra*, p. 27) « le fétichisme de la source » et, spécialement, « du contrat » ne pouvait manquer de se manifester, de s'articuler avec ce qu'il ne semble pas interdit d'appeler « le fétichisme de la propriété » (48) : Je possède, donc je suis une personne. Je contracte, donc

(44) Dalloz, Jur. Gén., t. X, 1848, v° *Compétence administrative*, n° 64-3°, p. 444.

(45) *Ibid.*, n° 98, p. 456.

(46) Comme l'a très justement souligné M. Achille Mestre (v. *supra*, p. 129). — La raison ? Nous la découvrirons bientôt (v. *infra*, p. 178, n. 104-A).

(47) Dalloz, J. G., *loc. cit.*, n° 8, p. 432. D'après Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, t. I, 1841, n° 11.

(48) Nous entendons par là la priorité conférée à la *propriété* sur la *personne du propriétaire*, alors que *les choses* ne sont que *des moyens* en vue du développement de *la personne* qui est *la fin*.

je suis une personne. Dans les conclusions *Blanco*, de David, on peut lire :

« Si l'Etat, en tant que personne civile considérée, soit comme propriétaire, soit comme contractant... » (49).

C'est ainsi que, conformément à cette concession des conclusions *Blanco* elles-mêmes, s'annonçait ce premier — et dangereux — progrès de la fissure : de la gestion *du domaine privé* à la gestion *contractuelle* (50) et même, avec Laferrière (51), à la « gestion » tout court. Si dangereux que, pour arrêter l'engloutissement de toute la « gestion » — y compris toute la matière : responsabilité administrative de l'Etat (v. note précédente) — dans la compétence judiciaire, la doctrine de la compétence administrative *imaginait l'élargissement transactionnel de* la « gestion DU DOMAINE privé » en « GESTION privée » s'opposant à la « gestion publique » comme les *services publics de l'Etat à ses services privés* (52). Tel nous apparaît

(49) V. *supra*, p. 137. — On ne saurait, d'ailleurs, attribuer à DAVID la paternité de cette dévolution massive du « contrat » à la compétence judiciaire. Dans : *Les transformations du Droit public* (1913, p. 151), Léon DUGUIT signale qu'elle fut réclamée dès 1829 par LOCRÉ (*Législ. et jurispr. françaises*, p. 166) et en 1812 par MERLIN (*Quest. de Dr.*, v° *Pouv. jud.*, 1829, VI, p. 306).

(50) Sur ce stade de la jurisprudence administrative, cf. Léon AUCOC, *Conférences de Dr. adm.*, t. I, 1885, p. 486. Voir également le précieux historique de cette évolution présenté dans une importante notice de Maurice HAURIOU, *Précis*, 5e éd., 1903, note 1 de la p. 217.

(51) *Traité de la jurid. adm.*, 1re éd., t. I, 1885, p. 5 et 199 ; puis 2e éd., t. I, 1896, p. 485. — A la vérité, la distinction : « *puissance publique — gestion* » présentait une utilité de fond : *soustraction de l'activité « puissance publique » à la responsabilité.* Mais cette immunité apparaissait bientôt comme indéfendable et, *pour ce bénéfice précaire, on sacrifiait toute une zone de compétence administrative.* Aussi la distinction : « *puissance publique-gestion* » reprise et aggravée sous la forme : « *autorité-gestion* » par MM. BERTHÉLEMY (*Traité élém.*, 1re éd., 1901, p. 20, 46, 72 et toutes les éditions suivantes) et NÉZARD (*Théorie jurid. de la fonct. publ.*, Thèse Paris, 1901, p. 459 ; *Sit. jurid. des employés de l'Etat*, Rev. Gén. d'Adm., 1904, III, p. 144 et s.) — puisque ces auteurs livrent *toute la matière : responsabilité administrative de « gestion » de l'Etat* à la compétence judiciaire, contrairement à Laferrière qui ne lui abandonnait que la responsabilité de gestion *du domaine privé* — ne tardait-elle pas à être catégoriquement désavouée : V. notamment les conclusions *Olivier-Zimermann* du comm. du gouv. ROMIEU (Cons. d'Et., 27 février 1903, *Rec.*, 178) et surtout les conclusions *Feutry* du comm. du gouv. TEISSIER (Trib. Confl., 29 fév. 1908, S. 1908.III.97 ; N. A. H., I, p. 583), ainsi que la presque unanimité de la doctrine.

(52) Dans cette nouvelle conception, la « gestion privée » comprenait, en plus de la gestion du *domaine* privé celle des *entreprises* privées de l'Etat (cf. Maurice HAURIOU, *Précis*, 5e éd., 1903, p. 214). — Par ailleurs, à la distinction initiale entre l'Etat *puissance publique* et l'Etat *personne civile*, reprise par DAVID dans ses conclusions *Blanco* (v. *supra*, p. 135) et par DUCROCQ (*Cours de Dr. adm.*, 7e éd., t. I, 1897, Préface, p. XXXV, et t. IV, 1900, p. 12) puis par M. BERTHÉLEMY depuis la 1re édition de son *Traité élém.* (1901, p. 146), fut opposée une *person-*

le mobile de la retentissante brochure publiée en 1899 par Maurice Hauriou : *La gestion administrative*. Puis, grâce à la clairvoyance d'un éminent magistrat administratif, le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions *Terrier*, Cons. d'Et., 6 février 1903 (D. P. 1904.III.65), la jurisprudence administrative, à son tour et dans le même sens, se ressaisit. L'arrêt *Terrier* restitua à la compétence administrative *la gestion contractuelle du service public* ne laissant à la compétence judiciaire que la gestion privée, contractuelle ou non, *en dehors du service public* et l'arrêt *Théroud*, Cons. d'Et., 4 mars 1910 (D. P. 1912.III.57) semblait venir consacrer cete reprise (53). « Semblait », disons-nous, car, après — et peut-être... d'après — un arrêt du Tribunal des Conflits du 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances « Le Soleil »* (R. Dr. Publ., 1910, p. 474) (54), le Conseil d'Etat, par une véritable régression — qui était un nouveau progrès de la fissure — allait bientôt, selon l'expression de Léon Duguit, « se mettre en contradiction formelle avec lui-même » (55), en son arrêt, également historique : *Granits porphyroïdes des Vosges*, du 31 juillet 1912 (D. P. 1916.III.35), rendu conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Blum, qui, dans la gestion contractuelle du service public posaient une distinction entre le contrat « *administratif* » et le contrat « *de droit commun* ».

Suum cuique... Pas plus le commissaire du gouvernement Blum, de l'arrêt *Granits*, que le commissaire du gouvernement Feuilloley, de l'arrêt *Le Soleil*, ne sont, en l'occurence, les premiers responsables. Ce n'est, en effet, ni par l'un ni par l'autre de ces deux magistrats qu'avait été inaugurée la distinction entre les deux modes de gestion administrative contractuelle du service public, mais bien par le commissaire du gouvernement Romieu lui-même, dans un passage, catégorique à cet égard, de ses propres conclusions Terrier (56) réservant, même dans la gestion du service

nalité morale intégrale et *unique* de l'Etat, mais « *à double face* » : personne *publique et* personne *privée* (Léon Michoud, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, t. I, p. 401, et t. II, p. 2 et Maurice Hauriou, *Précis*, 3e éd., 1897, p. 267 et 268, 323 à 327). A personnalité publique, gestion publique ; à personnalité privée, gestion privée (cf. Hauriou, *Précis*, 11e éd., 1927, p. 295 et 915).

(53) Sur ce nouveau stade de la jurisprudence administrative, v. le très important article de M. Gaston Jèze : *R. Dr. Publ.*, 1910, p. 240.

(54) Décision ayant elle-même comme précédent l'arrêt : Trib. Confl., 22 mai 1909, *Frémont* (cf. Léon Duguit, *Traité*, III, p. 49).

(55) Léon Duguit, *ibid.*, p. 43.

(56) Dans la seconde moitié des conclusions, alinéa commençant par : « *D'autre part, il peut se faire...* »

public, le « *contrat de droit commun* » pour l'abandonner à la compétence judiciaire. Aussi cet éminent jurisconsulte n'avait jeté la première pierre à la distinction « autorité — gestion » (v. *supra*, n. 51 de la p. 158), que pour instaurer, pour ériger lui-même, à l'intérieur du service public, cette nouvelle distinction : gestion *administrative* — et gestion *privée* — du service *public*. Après l'extension de la gestion *du domaine* privé en *gestion* privée, c'était *l'introduction de la gestion privée — et avec elle de la compétence judiciaire — dans le service public*. Parce que l'on a découvert que « le service public peut être assuré par des moyens de service privé », il en résulte que, touchant la compétence, « le critérium du service public disparaît » (57). Ainsi la distinction de la « gestion » en gestion *publique* et gestion *privée*, qui — au prix de cet élargissement de la gestion *du domaine* privé en gestion *privée* — avait conjuré la menace de la distinction « autorité — gestion » en maintenant la compétence judiciaire hors du service public, *perdait sa vertu* (58). *La compétence judiciaire demeurait bien confinée dans la gestion privée, mais voici que la gestion privée mordait sur le service public*. La « fissure » insidieusement, reprenait sa marche et regagnait du terrain ; *elle atteignait — irrémissiblement cette fois — le service public* (59).

(57) Maurice Hauriou, *Précis*, 11e éd., p. 856.

(58) M. Paul Duez dénonce à très juste titre, dans cette théorie de la « gestion privée » contractuelle du service public, « un vestige de la vieille distinction des actes d'autorité et de gestion » (*La loi du 3 mai* 1921, R. Dr. Publ., 1922, p. 216). Notre historique nous permet d'ajouter qu'elle en constitue, non seulement un vestige, mais un retour offensif, par la réintégration partielle de la compétence judiciaire dans le service public au titre du contrat « de droit commun ».

(59) Engagée, en effet, dans cette voie, la jurisprudence, tant du Tribunal des Conflits que du Conseil d'Etat, allait y persévérer — en attendant d'y progresser. On la trouvera relevée, notamment, dans le *Traité* de M. Appleton, n° 62, p. 119 et n° 113, p. 211 ; dans sa note au D. P. 1926.I.177, sous les arrêts : Civ., 2 juillet 1924 et 30 mars 1926 ; dans la note de M. Ch. Blaevoet sous l'arrêt de conflit *Dame Mélinette* au D. P. 1933.I.68, col. 1 ; et surtout, avec une netteté particulière de mise au point, dans la note magistrale de M. Louis Trotabas sous l'arrêt Cons. d'Et., 3 juill. 1925, *de Mestral*, au D. P. 1933.III.17. Parmi les plus récentes et les plus caractéristiques décisions, il convient de citer, avec l'arrêt précité Civ., 30 mars 1926, les arrêts : Trib. Confl., 30 juin 1930, *Boyer et Jullian*, D. P. 1931.III.33, avec note Appleton et S. 1932.III.7, et Rennes, 21 février 1934, Gaz. Pal., 1934.I.784. — Qu'une telle conception ait donné lieu à des réactions diverses de la doctrine on ne saurait s'en étonner. M. Jean Appleton qui, dès 1900, dans une analyse de la 1re édition du *Traité* de M. Berthélemy (R. Dr. Publ., 1900, II, p. 555), écrivait : « La nature de l'acte est déterminée, non par le but poursuivi, mais par les moyens employés », ne pouvait manquer d'accueillir avec satisfaction (v. notes et passages du *Traité* précités), en la théorie de la « gestion privée », l'avènement de sa propre conception. Par contre, il est croyons-nous, dans la doctrine, peu d'exemples de critiques aussi sévères que celles de

Mais la fissure n'allait même pas s'arrêter là. Un nouveau progrès allait lui être permis. La « gestion du domaine privé » avec compétence judiciaire s'était étendue à la responsabilité délictuelle (60), mais la gestion privée, qui avait pris naissance, nous l'avons vu, en la matière *contractuelle*, s'y était maintenue, aussi bien comme gestion privée de service « privé » que comme gestion privée de service public (61). Or, l'arrêt du Tribunal des Conflits, 22 janvier 1921, *Colonie Côte d'Ivoire* c. *Soc. comm. de l'Ouest Africain* (D. P. 1921.III.I) est venu appliquer, à un service qualifié « privé » d'une personne publique (exploitation d'un bac par une colonie), la théorie de la gestion privée en matière *délictuelle* pour le motif que : « la colonie de la Côte d'Ivoire exploitait (par le bac en question) un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire » — ce qui est le principe même de la « gestion privée ». Et il est à noter que, dans ses conclusions, M. le commissaire du gouvernement Matter avait défini le service « de nature privée » par opposition au « service public » qui est « de la nature, de l'essence même, de l'Etat ou de l'administration publique » et dont « il est nécessaire que le principe de la sépara-

M. Gaston Jèze et de Léon Duguit contre la « gestion privée ». Pour M. Gaston Jèze, voir : R. Dr. Publ., 1914, p. 145 à 153, critique de l'arrêt *Granits porphyroïdes des Vosges* : « Voilà, à mon avis, des subtilités profondément regrettables et tout à fait inutiles... Elles seraient excusables chez un théoricien retiré dans sa tour d'ivoire... *Le critérium est pratiquement détestable*... Pourquoi faire des subtilités, couper des cheveux en quatre (p. 152) ». Addé : R. Dr. Publ., 1925, p. 385, critique de l'arrêt : *Soc. des affréteurs réunis*, Cons. d'Et., 23 mai 1924. Pour Léon Duguit, v. *Traité*, III, p. 43 à 46 : « Le Conseil d'Etat traverse une période de trouble et de régression (p. 46). — P. 434 : « *Il y a une doctrine fausse et dangereuse qui subsiste avec une persistance regrettable.* C'est celle qui distingue les contrats faits par l'Etat en deux catégories : les contrats de droit privé et les contrats de droit public. *Parler de contrat de droit privé et de contrat de droit public, c'est parler de choses qui n'existent pas*, et, par conséquent, on ne peut pas les opposer, *pas plus et pour les mêmes raisons, qu'on ne peut parler d'actes de gestion et d'actes d'autorité* et les opposer les uns aux autres. » Mais la critique plus grave, quoique — ou parce que — plus voilée, et voilée de regret, est celle de M. Paul Duez, dans son très bel article *La théorie de la gestion privée*, Rev. Crit., 1923-1924, p. 337 à 353. Enfin, parmi les présentations objectives de la question, il convient de rappeler, avec la 11e édition (p. 914 et s.) du *Précis* de Maurice Hauriou, la note magistrale *de Mestral* précitée de M. Louis Trotabas au D. P. 1926.III.17. Nous réservons notre propre appréciation jusqu'à l'examen de l'arrêt *Dame Mélinette*, *infra*, note 104 de la p. 178.

(60) Tr. Confl., 30 mai 1884, *Linas*, Rec. 437 ; Civ., 12 juin 1901, *Dessauer* (Opéra-Comique), D. P. 1902.I.372.

(61) « Jusqu'ici, écrivait M. Paul Duez en 1927 (R. P. P., Introd., p. IX), la théorie de la gestion privée n'est pas sortie des relations contractuelles ». Nous allons voir que, depuis 1921, la « fissure » avait pénétré en matière délictuelle.

tion des pouvoirs garantisse le plein exercice ». On verra bientôt — si l'on ne l'a déjà devinée — la raison de cette citation (62).

On pourrait objecter que, s'agissant en l'espèce d'un accident de transport, on se trouvait en présence d'un préjudice — et partant d'une responsabilité — sinon contractuels, du moins obligationnels, comme procédant d'une *obligation prétorienne* (63) *de sécurité*. Mais le stade strictement contractuel n'en serait pas moins franchi, et le stade « extra-contractuel » abordé. D'une part, d'ailleurs, le commissaire du gouvernement spécifie que la requérante paraissait s'être placée sur le terrain délictuel ; d'autre part, l'arrêt ne fait nullement état de la conjoncture contractuelle ; enfin, le Conseil d'Etat lui-même devait se charger de lever le doute par ses arrêts *Kuhn*, 29 janvier 1932, S. 1933.III.97, note de M. Delvolvé ; D. H. 1932, p. 169 et *Corriol*, du 18 octobre 1933 (64).

En résumé, la fissure « gestion privée » est partie de la « gestion *du domaine* privé », où elle a pénétré jusqu'en matière *délictuelle*. Puis, d'un bond elle a failli gagner la « *gestion* » tout court — et tout entière. Le danger a été conjuré par la distinction transactionnelle entre la « *gestion publique* » et la « *gestion privée* », élargissement de la « gestion *du domaine* privé » et la compétence judiciaire a été ainsi maintenue, avec la dite « gestion privée », *hors du service public*. Puis la fissure a pénétré *dans le service public* par la « gestion privée » *contractuelle* du service *public*. Puis elle a pénétré en matière *délictuelle* dans le *service* dit « privé » (65). Puis... mais n'anticipons pas.

ARTICLE 2. — LA FISSURE : ACTION PÉNALE

Alors que, dans son arrêt du 24 mars 1923, *Fabry* (Rec. 312), le Tribunal des Conflits marquait, par une reproduction textuelle, le cinquantenaire de l'arrêt *Blanco*, la Chambre Criminelle de la Cour Suprême célébrait à sa manière ce jubilé par l'arrêt insurrec-

(62) V. *infra*, note 101 de la p. 177.

(63) Et — l'on ne saurait trop insister sur ce point — obligation prétorienne *judiciaire* (v. *supra*, n. 114 de la p. 50).

(64) Arrêts cités dans la note *Dame Mélinette* de M. Ch. Blaevoet au D. P. 1933.III.68, col. 2. — De nouveau, du moins en ce qui concerne l'arrêt *Kuhn*, il convient d'observer que le préjudice en cause (accident survenu à un usager d'un établissement de bains) *n'était pas délictuel*. Procédant, là aussi, *du défaut d'exécution d'une obligation prétorienne de sécurité*, il serait bien encore « extra-contractuel » sans être délictuel. Mais ce qui importe, c'est que *la décision ne fait pas état du contrat*.

(65) Sur la conception du « service privé », v. *infra*, p. 181, note 104.

tionnel (66) *Ville de Paris* c. *Bouchet*, du 16 mars 1923 (D. P. 1923. I.137 et note Jean Appleton ; S. 1923.I.385 et note Charles Roux), déclarant, en la même conjoncture *d'infraction pénale*, la compétence judiciaire à l'égard de « l'administration » elle-même. Les malédictions que s'attira cette décision courageuse, on les conçoit aisément : « Un arrêt qui contredit, *on ne saurait pourquoi*, une doctrine et une jurisprudence unanimes... et dont il est à espérer qu'il restera à l'état de décision isolée », déclare, dans sa note précitée, M. Jean Appleton. « Jusqu'ici, écrit encore M. Paul Duez, en 1927 (R. P. P., p. 8), cet arrêt *n'a pas eu d'écho* dans la jurisprudence de la Cour de Cassation *et il n'en aura vraisemblablement pas* ».

Certes, une hirondelle ne fait pas le printemps. Et, de fait, ce retour... de Babylone put apparaître — un instant — comme un faux départ. L'année suivante, en effet, par son arrêt du 26 mai 1924, *Vve Lemetti* (S. 1924.III.49 avec la note de M. Hauriou), le Tribunal des Conflits, couvrant son arrêt *Blanco* par la confirmation de sa jurisprudence subséquente et de celle du Conseil d'Etat sur des espèces analogues (67), condamnait, du même coup, la réaction de l'arrêt *Blanchet*. Peut-être impressionnée par ce coup droit, la Chambre Civile elle-même prenait le parti de se désolidariser, en cette matière, de la Chambre Criminelle. Ses arrêts : Civ., 27 janvier 1925 (D. H. 1925, p. 161) et 16 février 1925 (S. 1925.I. 154) « enchaînent » avec la jurisprudence antérieure en se prononçant à nouveau pour la compétence administrative. Mais... la quiétude était à peine rétablie, qu'une nouvelle alerte surprenait les défenseurs de la thèse administrative. Cette fois c'était — récidive d'une décision « isolée » et « sans écho » — l'arrêt Crim., 28 mai 1930, *Motsch* (D. P. 1930.I.161 ; S. 1930.I.393) cassant net un arrêt défaitiste de la Chambre de Metz de la Cour de Colmar (68).

(66) Insurrectionnel, voire même sensationnel, mais parfaitement naturel après son précédent très net : l'arrêt Crim., 23 janv. 1914, *Mesureur* et *Assistance Publique*, S. 1916.I.89, avec une note J. A. Roux consacrée à la justification de cette décision qui, selon l'expression même de M. Hauriou, affirmait la compétence judiciaire « *pour les actions pénales* intentées contre *les administrations publiques* et pour les *actions civiles* connexes » (*Précis*, 11e éd., p. 957, dernier alinéa de la note 2 de la p. 955). On n'a pas oublié, d'ailleurs, un précédent bien plus ancien — et *administratif :* l'arrêt Cons. d'Etat sur confl., 23 juin 1848, *Héritiers Boyer*, Rec. p. 415 (v. *supra*, p. 126).

(67) Tr. Confl., 15 avr. 1905, *Dame Debref*, Rec. 401 ; Cons. d'Et., 16 juill. 1914, *Babouet*, Rec. 882 ; Tr. Confl., 2 mai 1914, *Provost*, Rec. 531.

(68) Bien loin de nous la pensée de mettre en cause les éminents magistrats de cette haute juridiction dont plusieurs nous ont maintes fois honoré de leur amicale sympathie : c'est, au contraire, pour leur cause confondue avec celle de la Justice

Ici, encore, la gravité de l'événement est soulignée par deux notes également amères : l'une de M. Jean Appleton au Dalloz, l'autre de M. Roger Bonnard, au Sirey : de la malédiction on passe à la désolation — et de la désolation à l'adjuration (69)... Et puis, de l'adjuration à la consternation lorsqu'intervient, sur la même affaire *Motsch* un second arrêt et, comme on pouvait le prévoir, une nouvelle et aussi courageuse récidive de la Chambre Criminelle sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de renvoi (Nancy) : arrêt du 20 novembre 1931 (D. P. 1932.I.16, avec la nouvelle note de

que nous combattons. En revanche, nous ne saurions nous priver du plaisir délicat de rendre hommage à la fermeté juridique de la Cour d'Amiens — dont la bienveillante affabilité d'accueil ne nous a pas été moins précieuse — et qui, désavouée, elle aussi, par la Cour Suprême (Amiens, 15 juill. 1919; Cass. Civ., 11 juin 1925, Gaz. Pal., 1925.II.363), comme antérieurement déjà par le Tribunal des Conflits (Amiens, 8 mars 1916, célèbre affaire *Vion et fils*, D. P. 1916.II.168 et Tr. Confl., 29 juill. 1916, S. 1917.III.1), ne l'a pas été — elle — pour sa soumission, mais pour sa belle résistance à l'impérialisme administratif consacré par l'arrêt *Blanco*.

(69) Les argumentations convergentes de ces deux notes reposent sur ces trois points : que les agents publics ne sont pas « préposés » au sens de l'art. 1384; que, même, s'ils l'étaient, cet article ne serait pas applicable en matière de « responsabilité civile de l'administration »; et, enfin, même que cette applicabilité du droit civil demeurerait exclusive de la compétence du juge civil pour statuer sur la responsabilité « de l'administration ». Autant de points sur lesquels doivent porter les développements du Titre suivant de cette étude. Il importe, toutefois, de noter dès à présent que, se séparant, sur ce point, de M. Bonnard, M. Appleton entrevoit, uniquement d'ailleurs dans la conjoncture de l'espèce en cause, une planche de salut offerte par la considération de la qualité de l'agent (garde-champêtre non assermenté, ayant tué d'un coup de revolver un petit maraudeur). Ne s'agissant pas, dit le savant professeur, d'un « fonctionnaire occupant régulièrement un emploi dans les cadres légaux ou réglementaires », l'administration publique est alors responsable « dans les termes du droit commun » c'est-à-dire devant les tribunaux judiciaires. Mais, demanderons-nous, à quelle catégorie de « fonctionnaires » appartenaient donc les manœuvres — vraisemblablement payés à l'heure — qui lancèrent si malencontreusement le wagonnet de la manufacture des tabacs sur le jeune Agnès *Blanco?* Désastreux était donc cet argument tiré de la qualité de l'agent : la planche prenait figure... d'un pavé écrasant l'arrêt Blanco — et l'auteur semble bien s'en être aperçu, puisque, dans sa note sous un second arrêt *Motsch*, M Jean Appleton, tout en reprenant, en développant, en accentuant, sa protestation, a jugé prudent et opportun de... retirer sa planche (Arrêt rendu sur le pourvoi formé contre l'arrêt de Nancy cour de renvoi, Crim., 20 nov. 1931, D. P. 1932.I.16, avec cette seconde note de M. Appleton). Mais ce qui avait été dit n'en restait pas moins dit et l'intangibilité de l'arrêt *Blanco* singulièrement compromise. Ainsi, lorsque, trois ans plus tard, dans sa note sous l'arrêt *Dame Mélinette* un autre éminent défenseur de la compétence administrative, M. Raphaël Alibert (*infra*, p. 184) admettait la compétence judiciaire, non plus à raison *de la qualité de l'agent*, mais cette fois à raison de la nature de l'acte : fait pénal « personnel » « exclusif » — conjoncture également précise, avons-nous observé, de l'arrêt *Blanco* — c'était là un deuxième coup, différent du premier, mais également mortel, porté à cette décision. Ici donc, encore, nous pourrions juger que sa cause est entendue.

M. Jean Appleton que nous venons de viser dans notre précédente note) (70).

Et puis, ce furent, coup sur coup, les récidives... itératives des arrêts : Crim., 30 avril 1932, *Administration des P. T. T.*, Gaz. Pal., 1932.II.175 et D. H. 1932, p. 318 et 30 mars 1933, *Vve Pentier*, D. H. 1933, p. 301 et Gaz. Pal., 1933.II.55... Il sera peut-être difficile de faire reprendre à la Chambre Criminelle les fers de la captivité et la route de Babylone (71)... surtout après l'arrêt *Dame Mélinette*.

Sans doute, tout ne semblait-il pas perdu. Quelques mois après le premier arrêt *Motsch*, trois décisions, non plus cette fois de la Chambre Criminelle mais — encore — de la Chambre Civile venaient apaiser l'émotion soulevée dans le parti administratif : d'abord, l'arrêt : Civ., 30 décembre 1930, *Hospices civils de Reims*, S. 1931.I.217, enregistré avec satisfaction par une note de M. Bonnard (72), puis les arrêts : Civ., 3 et 31 mars 1931 (Gaz. Pal., 1931. II.30 et 29) (73). Notons, cependant, le motif de la dernière de ces décisions : « Attendu qu'il n'appartient qu'à la juridiction

(70) Cette seconde note de M. Jean Appleton constitue un tableau d'ensemble de la thèse administrative dont l'examen doit faire, nous le répétons, l'objet du Titre suivant de cette étude (v. *infra*, p. 230, n. 30). Quant au Recueil Sirey, il rapporte également cette décision (S. 1932.I.325) mais sans nouvelle note de M. Roger Bonnard... Pas d'autre commentaire que quelques lignes aussi anodines qu'anonymes... Qu'en conclure ?

(71) Ajoutons que, si plusieurs Cours d'appel ont cru, nous le verrons dans un instant (*infra*, à la note 73), suivre la Chambre civile dans son attachement à l'arrêt *Blanco*, l'affranchissement de la Chambre Criminelle n'est cependant pas demeuré « sans écho ». Exemple : l'arrêt de la Cour de Douai rendu contre la ville d'Arras et rapporté — non dans un recueil (à notre connaissance, du moins) — mais dans le journal « *Le Temps* » du 6 février 1932. N'en serait-il pas de même, le cas échéant, de la Cour d'Amiens ? En le présumant, nous ne croyons pas former un jugement téméraire. Nous verrons aussi (*infra*, *ibid.*, note 73) la Cour de Paris venant de la compétence administrative à la compétence judiciaire.

(72) En ces termes : « La jurisprudence judiciaire s'est inclinée devant la décision de l'organe régulateur des compétences. » La jurisprudence de la Chambre civile, oui : elle ne faisait que continuer. Mais la jurisprudence « judiciaire » c'était beaucoup dire — et la Chambre Criminelle allait se charger de la mise au point.

(73) Si nous avons vu (*supra*, à la note 71) la Cour de Douai suivre en cette matière la Chambre Criminelle, on ne saurait s'étonner de trouver autour de la Chambre Civile un cortège d'adhésions, même toutes récentes : Lyon, 9 fév. 1931, *Forestier*, Gaz. Pal. des 7, 8 févr. 1932, Rec. Somm., p. 23 ; Nîmes, 3 avr. 1933, *Terrasse*, Gaz. Pal., 1933.II.63 ; Besançon, 5 juill. 1933 (quelques jours avant l'arrêt de conflit *Dame Mélinette*), *Vve Colin*, Gaz. Pal., 1933.II.76. Mais il n'est pas sans intérêt de noter que les arrêts : Civ., 3 mars 1931 et 30 déc. 1930 correspondent respectivement à deux arrêts de la Cour de Paris du 30 juin 1927 et du 5 mars 1928, le premier dans le sens de la compétence administrative (confirmé), *et le second dans le sens de la compétence judiciaire* (cassé).

administrative de prononcer sur la responsabilité de l'Etat » — c'est entendu, mais poursuivons la citation : « à raison de *fautes de service* incombant à ses agents... ». Voilà qui ne semblerait peut-être plus aussi rassurant pour le cas où la responsabilité de l'Etat est admise à raison d'un fait personnel d'agent « sans mélange d'aucune contingence accessoire tirée du fonctionnement du service public », conjoncture que nous verrons admise par M. Raphaël Alibert (cf. *infra*, p. 184) et que nous appellerons : le fait « personnel », « exclusif » (v. *infra*, *ibid.*) — et qui avait été la conjoncture *Blanco* — et qui devait être la conjoncture *Dame Mélinette* (74). Aussi bien, la jurisprudence de la Chambre Criminelle se poursuivant inflexiblement, nous venons de le voir, par le second arrêt *Motsch*, l'arrêt *Administration des P. T. T.* et l'arrêt *V^ve* Pentier, n'avait pas été plus influencée par la dissidence de la Chambre Civile que par la contre-attaque (*V^ve Lemetti*) du Tribunal des Conflits.

De cette jurisprudence, quelle est la base ? Les articles 3 du Code d'instr. crim. et 74 du C. pén., c'est entendu, mais — de ces motifs eux-mêmes, quelles sont les raisons profondes ? Elles sont au nombre de deux. La première est, croyons-nous, la *solidarité* entre le maître et l'agent du service : la solidarité qui « *attire la compétence* » (75). Certes, la même raison devrait « attirer » de même la compétence judiciaire civile à l'égard de l'Etat en cas de faute « personnelle » *non pénale* de l'agent, mais — jusqu'à présent — *la force de distraction* prétendue : séparation des pouvoirs l'a emporté, en conjoncture non pénale, sur *la force d'attraction :* solidarité. Et si, en conjoncture pénale, cette force d'attraction : solidarité l'a emporté sur la force de distraction : séparation des pouvoirs, c'est — et voici précisément la seconde raison — l'existence et l'appoint de cette seconde force d'attraction : *la plénitude de juridiction de l'autorité judiciaire en matière pénale.* Et la jurisprudence de la Chambre Criminelle s'analyse elle-même en la primauté conférée à cette force d'attraction : plénitude de juridiction pénale de l'autorité judiciaire, sur la force de distraction (prétendue, nous le répétons) : séparation des pouvoirs.

Or, cette primauté de la plénitude de juridiction pénale de l'autorité judiciaire sur la séparation des pouvoirs ce « déplacement de

(74) Menace confirmée par le plus récent arrêt : Civ., 28 mars 1934, *Hospices de Montpellier*, D. H. 1934, p. 268, *qui ne contredit pas davantage* la jurisprudence *Motsch*.

(75) Cf. *supra*, p. 102.

la compétence par le caractère d'infraction pénale du fait dommageable » (76), il est une conjoncture où la Chambre Criminelle n'a pas été seule à l'admettre : la conjoncture « travaux publics », à laquelle, précisément, nous arrivons.

ARTICLE 3. — LA TROISIÈME FISSURE : « TRAVAUX PUBLICS »

Il est un texte qui constitue une *position avancée* de la compétence administrative en matière de responsabilité : c'est l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, en ce qu'il étend le bénéfice de cette compétence jusqu'à l'*entrepreneur*, personne collaborant à l'activité administrative de l'Etat sans être néanmoins agent administratif, sans faire partie du personnel administratif — de l'administration — de l'Etat. Or, cet entrepreneur emploie lui-même un personnel d'agents, et la question s'est posée de savoir si son privilège de juridiction administrative doit être étendu — comme il l'a été pour l'Etat — aux faits, même « personnels », même pénaux, de ces agents, en relation (jugée opérante) avec l'activité administrative à laquelle ils collaborent. Et l'on a mené grand bruit d'un arrêt relativement récent de la Chambre Civile : Civ., 27 novembre 1918, *Tramways de Nice* c. *Somerville*, qui a donné lieu à deux notes doctrinales : l'une de M. Jean Appleton (D. P. 1919.I.17) et l'autre beaucoup plus développée de M. Achille Mestre (S. 1921.I.353), parce que, pour un cas d'infraction pénale d'agents (défaut de calage d'un véhicule — comme dans l'affaire *Dame Mélinette*) la compétence a été déclarée judiciaire.

Or, cette importance attribuée à l'arrêt *Somerville* souligne bien la prétention de la thèse administrative, mais — est-elle justifiée par la hardiesse et l'imprévu de la décision ? En aucune manière. D'abord, M. Achille Mestre, dans sa note précitée, comme M. Roger Bonnard, dans sa note, également précitée, sous l'arrêt Crim., 28 mai 1930, *Motsch* (S. 1930.I.393), ont reconnu l'existence d'une jurisprudence constante dans ce sens de la Chambre des Requêtes remontant à plus de vingt ans (77). Mais les savants auteurs auraient pu ne pas s'en tenir là et citer un arrêt *de la Chambre civile elle-même*, du 24 mars 1886, *Bistogne* (D. P. 1887.I.7), ainsi qu'un arrêt particulièrement explicite de la Cour de Chambéry, 22 février

(76) Note *Motsch* précitée, de M. Roger Bonnard, S. 1930.I.393, col. 2, ligne 6.
(77) Req., 13 juin 1895, S. 1896.I.26. Pour la suite, v. ces deux notes.
(78) « Attendu que, si les dispositions de la loi du 24 pluviôse an VIII doivent faire attribuer à la juridiction administrative les actions ayant pour objet des

1886 (D. P. 1887.II.32) (78). Ils auraient pu également constater, par la documentation rapportée dans la Jurisprudence Générale Dalloz, Supplément, t. 18, v° *Travaux Publics*, n° 2038 et n° 2039, p. 434, que la solution, considérée comme sensationnelle, de l'arrêt *Somerville* représentait au contraire la doctrine judiciaire traditionnelle, selon laquelle :

« *la perpétration d'un délit ne pouvant jamais rentrer dans l'exécution d'un travail public*, lorsque le fait dommageable, tel qu'il est articulé constitue nécessairement un fait délictueux, l'autorité judiciaire est compétente quant à la condamnation aux dommages-intérêts » (79).

Quant à la jurisprudence administrative, si sa position à l'égard de la responsabilité de la personne publique a fini, après d'ailleurs de singuliers flottements (80), par se fixer — contrairement à l'arrêt précité Cons. d'Et., 23 juin 1848, *Héritiers Boyer* — dans le sens de la compétence administrative, il faut beaucoup de bonne volonté pour lui attribuer la même détermination à l'égard de l'entrepreneur. Dans sa note précitée, M. Mestre ne cite aucun arrêt du Conseil d'Etat, et, dans la sienne, M. Appleton en relève tout juste deux: du 30 mars 1906 (D. P. 1907.III.118) et 25 octobre 1911 (D. P. 1913.III.142) qui, au surplus, ne semblent pas précisément topiques.

En revanche, la Cour de Cassation non seulement maintenait sa jurisprudence *Somerville*, relative au fait *pénal*, mais, par son arrêt: Civ., 8 janvier 1923, D. P. 1923.I.33, *C^ie générale des omnibus* c. *Bouet* et *Société des automobiles « Le Zèbre »*, la poussait jusqu'au fait *personnel*, même *non pénal* (81) et, par son arrêt : Civ., 2 mai

dommages causés *par l'exécution* des travaux publics, la doctrine et la jurisprudence sont néanmoins d'accord aujourd'hui pour restreindre cette attribution exceptionnelle au cas où le fait dommageable est la conséquence directe et immédiate *de l'exécution même* des travaux... Attendu qu'il n'en saurait être de même lorsque le dommage dont la réparation est poursuivie est le résultat *d'un fait accompli personnellement et sans nécessité pour l'exécution* régulière et normale des travaux, par un des agents employés à ces travaux et *indépendant*, à raison de sa nature et des circonstances dans lesquelles il s'est produit, *des instructions et des ordres* intéressant *cette exécution;* que la pensée d'ordre public qui a fait édicter la loi du 28 pluv. an VIII ne peut être invoquée pour dessaisir la juridiction de droit commun de la connaissance du litige que ce fait a provoqué... »

(79) Dalloz, Jur. Gén., *loc. cit.*, n° 2039, d'après Christophle et Auger, *Les travaux publics*, t. II, n° 2317, p. 403.

(80) Cf. Laferrière, t. II, p. 165 et s. ; Hauriou, *Précis*, 11e éd., p. 768, n. 1 ; *supra*, n. 43 de la p. 156.

(81) Dans sa note sous cet arrêt (D. P. 1923.I.33, n. 1, col. 2), M. Jean Appleton le critique en lui reprochant de « prendre le contre-pied de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui, précisément, soumet aux conseils de préfecture les litiges fondés sur les dommages provenant du *fait personnel* des entrepreneurs ». Il suffit d'un instant de réflexion pour apercevoir le paradoxe de cette observation.

1927, S. 1927.I.272, la poussait jusqu'au fait pénal, *même non poursuivi* comme tel.

C'est dans ces conditions que, trois semaines après ce dernier arrêt, le Tribunal des Conflits se trouve saisi de la question. Que voulait-on qu'il fit ?... Il ne pouvait que suivre — et ce fut son arrêt du 23 mai 1927, *Devisse* (D. H. 1927, p. 419 ; S. 1927.III.93) à propos d'un accident causé par le défaut d'éclairage d'un tas de pierres. Mais, encore que fatale, cette décision n'en fut pas moins ressentie. Dans ses conclusions *Dame Mélinette*, M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat a bien déclaré que par cet arrêt *Devisse* concernant « l'entrepreneur personne privée », le Tribunal des Conflits « n'a pas rompu avec sa jurisprudence antérieure » (82). Mais sans doute n'est-il pas interdit de reconnaître, en cet optimisme, cette habile tactique de la *part du feu* qui, nous le verrons (*infra*, p. 176 ; 179, n. 140 — A ; 189) n'est pas dédaignée dans le camp administratif. Tout autre est l'avis de M. Roger Bonnard qui — à très juste titre, comme l'événement allait bientôt le montrer — donne l'alarme dans sa note *Motsch* précitée (83), en dénonçant la menace de l'arrêt *Devisse* et en demandant au Tribunal des Conflits de « revenir sur » cette décision... Encore fallait-il que l'administration lui en donnât le moyen. Mais, l'année suivante, dans une espèce analogue à l'affaire *Devisse* (Tr. Confl., 21 novembre 1928, *Lagarde*, D. H. p. 55), l'administration élevait le conflit *uniquement sur l'action contre la ville* intéressée et non sur l'action contre l'entrepreneur. C'était l'acquiescement.

Or... de la personne — non pas « privée » absolument, mais plutôt hybride — de l'entrepreneur, à la personne publique il n'y a pas loin. D'autant moins loin encore, que, de cette personne publique elle-même, on a imaginé de faire aussi une personne hybride! D'autant moins loin, enfin, que, si l'on veut bien se reporter à la conclusion de l'arrêt Devisse, ainsi conçue :

« que la circonstance que l'acte délictuel qui a été la cause directe de l'action

Toute la jurisprudence depuis le début du siècle dernier atteste, au contraire, que le *fait personnel* de l'entrepreneur au sens *juridique*, c'est-à-dire : *détachable du travail public* relève de la compétence *judiciaire* (Crim., 16 avril 1836, *Guy*, S. 1836.I.687 ; 1er août 1837, *Gilquin*, S. 1837.I.849, avec de remarquables observations de Devilleneuve ; Cons. d'Et., 2 août 1838, *Laurent et Laurain*, S. 1839. II.313. C'est que, précisément et de toute évidence, l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII entend l'expression : « *fait personnel* » au sens de *propre*, au sens de *matériellement* personnel et *non pas juridiquement* personnel. C'est d'une confusion entre ces deux sens de l'expression équivoque : « fait personnel » que paraît procéder la méprise de M. J. Appleton (Cf. M. Hauriou, Précis, 11e éd., p. 769, 1er al.).

(82) R. Dr. Publ., 1933, p. 431.

(83) S. 1930.I.393, col. 2 et 3, et 396, col. 2 et 3.

aurait été commis à l'occasion de l'exécution des travaux publics ne saurait faire échec à la règle de compétence (des art. 2 et 3 C. i. c.) »,

on constate *qu'elle ne fait pas acception de la qualité de l'auteur du délit*, de sorte qu'il n'y aurait pas un mot à y changer si cet auteur était un agent de l'administration.

Qu'ainsi, de la personne hybride : entrepreneur, la fissure « travaux publics » gagne, dans le cas d'une infraction pénale d'agent, la personne non moins hybride : puissance publique, et que, de l'activité contractuelle du service public, la fissure « gestion privée » gagne, dans la même conjoncture pénale, l'activité délictuelle, et ce sera leur rencontre avec la fissure « action pénale » en ce point de convergence, en ce point d'éclatement, avons-nous dit : l'arrêt *Dame Mélinette* qui, loin de « revenir sur » la jurisprudence *Devisse*, *venait* à la jurisprudence *Motsch*.

§ III. — La brisure — et la réparation : L'arrêt Dame Mélinette et l'arrêt Verbanck

ARTICLE 1. — L'ARRÊT « DAME MÉLINETTE »

Notre étude de l'arrêt *Dame Mélinette* comprendra trois parties ayant respectivement pour objet : l'histoire juridique de cette décision, son examen en soi, sa signification au regard de l'arrêt *Blanco*.

N° 1. — L'histoire juridique de l'arrêt

L'arrêt *Dame Mélinette*, rendu par le Tribunal des Conflits le 11 juillet 1933 sur — et contre — les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat, a été rapporté successivement :

— dans la *Gazette des Tribunaux* des 18 et 19 octobre 1933, avec une note de M. Alexandre Houel ;

— dans la *Revue du Droit Public*, 1933, p. 426, avec une note de M. Gaston Jèze ;

— dans le *Recueil Sirey*, 1933, III, p. 97, avec une note de M. Raphaël Alibert ;

— enfin (et seulement au début de 1934) dans le *Recueil Dalloz*, 1933, III, p. 65, avec une note de M. Charles Blaevoet.

Nous emprunterons l'analyse de l'affaire aux magistrales conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat (84) :

(84) R. Dr. Publ., 1933, p. 429.

« Le 27 mai 1929, Mme *Mélinette* a été renversée, rue de Ménilmontant, par un camion automobile de la ville de Paris, affecté à l'enlèvement des ordures ménagères ; ce véhicule, abandonné momentanément par son conducteur, s'était déplacé sur la chaussée en pente, ses freins étant mal serrés, Mme *Mélinette* a cité devant le Tribunal correctionnel de la Seine le sieur *Rols*, conducteur du camion, comme coupable du délit de blessures par imprudence et le Préfet de la Seine, représentant la ville de Paris, comme civilement responsable. »

Il nous sera permis de rappeler, dès à présent, notre précédente remarque (*supra*, p. 126) touchant l'analogie que présentent les circonstances de cette affaire avec celles de l'affaire précitée *Héritiers Boyer* (Cons. d'Et., 23 juin 1848) et d'ajouter maintenant qu'elles ne sont pas moins voisines de celles de l'affaire *Blanco* (85). Ceci dit, nous poursuivons la citation.

Par un jugement du 17 février 1931, le Tribunal correctionnel a condamné le sieur *Rols* à 50 francs d'amende par application de l'article 320 du Code pénal et à 10.000 francs de dommages-intérêts ; il a en outre condamné solidairement la ville de Paris au paiement de cette somme de 10.000 francs, comme civilement responsable du dommage causé par son « préposé ».

Le sieur *Rols* et la ville ayant interjeté appel, le Préfet de la Seine a adressé au procureur général près la Cour de Paris un déclinatoire de compétence en ce qui touche la demande formée par Mme *Mélinette* contre la ville. Par un arrêt du 30 juin 1932, la Cour d'appel de Paris a, d'une part, rejeté le déclinatoire de compétence et, d'autre part, confirmé le jugement du Tribunal ».

Cet arrêt est ainsi conçu :

« Considérant qu'une entreprise organisée et gérée par la Ville de Paris ne saurait avoir le caractère d'un service d'ordre public dont le contentieux est soumis par suite à la compétence exclusive de la juridiction administrative par ce seul fait que cette entreprise serait exploitée en vue d'un intérêt général ; qu'il est nécessaire en outre que ce service rentre dans le cadre naturel et strict des fonctions administratives de la Ville de Paris et qu'il constitue nettement un acte d'administration dont l'exécution sera garantie par le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire ;

Considérant que l'exploitation par la Ville de Paris du service d'enlèvement des ordures ménagères, bien qu'ayant pour caractère essentiel d'être organisée et gérée en vue des intérêts de la collectivité dans un but d'hygiène et de salubrité, ne rentre cependant pas dans le cadre strict de la fonction administrative ; qu'une organisation de ce genre pourrait aussi bien être exploitée par une entreprise privée ; qu'il en est d'ailleurs ainsi dans beaucoup de communes, l'administration municipale s'y étant déchargée de ce service au profit de particuliers ; que l'exploitation directe par la ville de Paris du service d'enlèvement des ordures ménagères fait donc partie de la catégorie des actes qui ne sont pas par essence des actes d'administration et sont par suite soumis à la compétence des tribunaux de droit commun ; qu'il y a lieu, en conséquence, de débouter le préfet de la Seine de son exception d'incompétence et de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré la ville de Paris civilement responsable des condamnations pécuniaires prononcées contre *Rols*, son préposé. »

(85) Sans doute, la personne publique en cause est une commune et non l'Etat. Mais cette particularité — si elle a pu influer en fait sur la décision — n'a pas été prise en considération juridique. Il convient donc d'en faire abstraction (cf. en ce sens nos explications sur l'arrêt Feutry, *supra*, p. 152). En quoi, d'ailleurs, le Tribunal des Conflits n'a fait que suivre le commissaire du gouvernement qui avait consacré un paragraphe de ses conclusions (§ IV) à couper les ponts de la retraite administrative dans cette direction.

Le Préfet a élevé le conflit le 13 juillet 1932.

Devant le Tribunal des Conflits, M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat a développé de savantes conclusions à l'égard desquelles nous présenterons les remarques suivantes.

I. — Vraisemblablement pour les raisons que nous avons indiquées au sujet de l'arrêt *Blanco* (*supra*, p. 143), l'éminent commissaire du gouvernement a complètement renoncé à l'argument constitutionnel, historique, essentiel, de la thèse administrative, argument principal des conclusions David, savoir : la sauvegarde politique de l'indépendance administrative. Ou, plutôt, il n'a pas manqué d'opérer, en une élégante et subtile prestidigitation (86), cette *transmutation* du caractère *politique* de la séparation en un caractère *technique :* principe de ce « néo-séparatisme » dont nous avons annoncé et réservé l'examen (v. *supra*, p. 146 et n. 15 et cf. *infra*, p. 338 et s.).

II. — Pour parer à l'objection du caractère *personnel* de la faute génératrice du préjudice et, en même temps, comme cette faute est *pénale*, pour combattre la jurisprudence de la Chambre Criminelle qui déduit de cette circonstance la compétence judiciaire, M. R.-M. développe la thèse de l'inapplicabilité absolue de l'art. 1384 C. civ. à la responsabilité de l'Etat. Alors que, d'après l'éminent magistrat, la responsabilité des « maîtres et commettants » aux termes de l'art. 1384 du C. civ. résulterait « automatiquement » d'une « présomption de faute », la responsabilité de l'Etat dépendrait « soit des « conditions défectueuses d'organisation ou de fonctionnement du service, soit du lien qui existe, abstraction faite de toute faute, entre le dommage et un ouvrage public » (87). Or, nous nous sommes, au contraire, attaché à établir dans notre Introduction que, quelle que soit la nature de la faute de l'agent du service, la responsabilité du maître du service — public comme privé — procède : ou bien — en matière *délictuelle* — de son accroissement de puissance en relation de causalité avec le préjudice, ou bien, — en matière *obligationnelle* — de l'existence même de son obligation. Le Chapitre I du Titre III de cette étude aura précisément pour objet d'établir que *l'article 1384 ne doit pas plus être* EXCLU *de la matière responsabilité civile de l'Etat qu'il ne saurait en être le siège* EXCLUSIF. Ainsi, nous reprochons d'abord à l'argumentation que nous combattons de

(86) Lorsqu'il a invoqué la « raison profonde » de la séparation, la « signification » et la « portée » avec lesquelles elle a « survécu à la tourmente révolutionnaire », abstraction faite du « retour hypothétique d'empiétements semblables à ceux des anciens parlements » (R. Dr. Publ., 1933, p. 434).

(87) R. Dr. publ., 1933, p. 431.

réduire le droit civil de la responsabilité non contractuelle à l'article 1384, de confondre « extra-contractuel » et « délictuel », d'ignorer la responsabilité « obligationnelle » non contractuelle. Mais, cette confusion même admise, nous relevons une méprise non moins grave : celle de la prétendue « présomption de faute » (88) du maître du service. Nous ne pouvons nous dispenser d'observer, dès à présent, que, depuis longtemps et notamment depuis que Marcel Planiol, un des plus éminents et ardents défenseurs de la responsabilité « pour faute » a dénoncé *et démontré* en 1906 (cf. *supra*, p. 52, n. 118), l'absurdité de la présomption de faute du commettant, LE DROIT CIVIL N'EN EST PLUS LA. En matière délictuelle, nous le répétons le maître du service est : non pas responsable « pour faute » et pas davantage pour « présomption de faute », mais GARANT EN CONTRE-PARTIE DE L'ACCROISSEMENT DE SA PUISSANCE, garant, disons-nous, *du fait nocif dont le fonctionnement du service ou même la simple existence du service a posé une cause ou au moins une* CONDITION (cf. *supra*, p. 61 et s.). Nous croyons avoir établi que ces considérations valent A FORTIORI pour la « PUISSANCE »... PUBLIQUE et nous avons même recueilli, sous la plume de jurisconsultes du Droit public, l'adhésion, sinon expresse du moins implicite (cf. *supra*, p. 62, n. 152), à ce principe de la « condition ». Ainsi, la conception civiliste d'où procède l'argument de M. R.-M. contre l'article 1384, et partant l'argument lui-même, apparaissent comme *irrémédiablement périmés* (89).

III. — Enfin, dans sa péroraison, M. le commissaire du gouvernement R.-M. célèbre « le monument de la jurisprudence que le Conseil d'Etat a patiemment construit pour donner aux citoyens

(88) *Loc. cit.*, p. 431 et 437.

(89) M. le comm. du gouv. Rouchon-Mazerat ne fait pas état de l'évènement juridique considérable qu'a constitué, depuis l'arrêt *Jeand'heur* (Chambre Réunies, 13 fév. 1930, D. P. 1930.I.57), la substitution, à la présomption *de faute*, de la présomption DE RESPONSABILITÉ, substitution constamment confirmée par la jurisprudence postérieure (cf. *infra*, n. 99 de la p. 266). Ce n'est même pas seulement la présomption de faute *du maître*, que cet arrêt a jetée bas, c'est même la présomption de faute de *l'agent* ayant causé le préjudice par l'emploi d'une chose du maître (*ce qui est précisément le cas* de l'espèce *Dame Mélinette*). Sous le prétexte que la théorie administrative du « fait de service » permet de couvrir l'agent, *la jurisprudence administrative en est encore*, dans ce même cas, au stade archaïque de la « présomption de faute » *de l'agent*, *comme elle en est encore* au stade de la « présomption de faute » *du maître*, par la résistance au « cumul » à l'aide de sa « théorie de l'organe » (v. *supra*, p. 93 et s., *infra*, p. 373 et s.), *comme elle en est encore* au système de la « chose dangereuse », *alias :* du « risque exceptionnel », dont la doctrine et la jurisprudence judiciaires ont, depuis longtemps, déblayé le terrain (v. *supra*, n. 24 de la p. 17-4° ; n. 1 de la p. 25-3° ; et note *Dame Mélinette* de M. Ch. BLAEVOET, *in fine*). Mais v. *infra*, ADD., p. 482,

d'un pays libre les garanties de la justice la plus impartiale, la plus humaine, *tout en* sauvegardant l'intérêt *général* et les prérogatives de la souveraineté *nationale* ». Cette proposition, sur laquelle nous reviendrons (*infra*, p. 264 et s.) nous paraît, dès à présent, appeler une remarque au sujet de la mise en jeu de la « souveraineté nationale » comme intéressée par ses « prérogatives » à la compétence administrative, car c'est de quoi il nous paraît difficile de convenir. Prérogative du pouvoir *administratif*, de la souveraineté *administrative*, OUI — mais de la Puissance *publique*, de la souveraineté *nationale*, NON... à moins d'identifier l'administration... et l'Etat, l'administration et la Nation, le commis et son Maître : le Peuple, à moins de prétendre que, contrairement à la juridiction administrative, la juridiction judiciaire ne juge pas — elle — au nom du dit « Peuple français » titulaire — jusqu'à nouvel ordre — de la « souveraineté NATIONALE ». A cette confusion délétère, à la fois singulière et... générale, entre l'administration et l'Etat, comme entre *l'intérêt particulier de l'administration* et « *l'intérêt général* » *de l'Etat* (également invoqué ici), on ne s'étonnera point que nous réservions un de nos prochains développements (cf. *infra*, p. 307 et s.).

...Sur quoi, les conclusions de M. le commissaire du gouvernement R.-M. — comme, soixante ans plus tôt, celles du commissaire du gouvernement David — se sont terminées par une adjuration suprême : « Ce principe (de la compétence administrative), concluait David, il importe de le maintenir dans toute l'énergie... » — « Il vous reste, a conclu M. R.-M., à affirmer le principe général... Ainsi sera parachevée l'évolution de la jurisprudence *commandée par* l'arrêt *Blanco* ». Et, sur ces derniers mots — comme en 1873, à l'instant de la décision *Blanco* (cf. *supra*, p. 141), la voix du commissaire du gouvernement David — comme en 1908, à l'instant de la décision *Feutry* (cf. *supra*, p. 154), la voix du commissaire du gouvernement Teissier — s'est tue, et en un silence peut-être plus tragique encore, la voix de M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat... Mais, cette fois, c'est autrement que le silence allait être rompu, la tragédie dénouée. Voici l'arrêt *Dame Mélinette*.

« Le Tribunal des Conflits ;

« Vu etc... Vu les articles 319 et 320 du Code pénal ;

« Vu les articles 2, 3, 182 du Code d'instr. crim. et 74 du Code pénal ;

« Vu les lois des 16-24 août 1790, du 16 fructidor an III, et l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ;

« Vu l'ordonnance du 1er juin 1828, le règlement d'administration publique du 26 octobre 1849 et la loi du 24 mai 1872 ;

« Considérant que, le 27 mai 1929, la dame *Mélinette* a été blessée par suite du recul d'un camion automobile abandonné sur la voie publique par son conduc-

teur, le sieur *Rols*, employé au service de la ville de Paris, à qui ledit camion avait été confié pour l'exécution d'un service, assumé dans des conditions assimilables à celles dans lesquelles le serait un service public industriel et qui, sans prendre les précautions nécessaires pour éviter le recul, avait quitté sa voiture pour aller consommer dans un café ;

« ...Que, dans ces conditions, l'action civile portée par la dame *Mélinette* devant la juridiction répressive, tant contre la ville de Paris que contre *Rols*, ne se rattachant point d'une façon indivisible à l'exécution d'un travail public, relève de l'autorité judiciaire compétente pour déclarer une administration communale civilement responsable envers les victimes des délits commis par ses préposés dans l'exercice ou à l'occasion de fonctions ne rentrant point, comme c'est le cas de l'espèce actuelle, dans les attributions exclusives de la puissance publique ;

« Décide :

« Art. 1er. — L'arrêté de conflit pris par le préfet de la Seine le 13 juillet 1932 est annulé ».

Il nous sera permis de consacrer d'abord, comme nous l'avons fait pour l'arrêt *Blanco* (*supra*, p. 141), comme pour l'arrêt *Feutry* (*supra*, p. 152), quelques lignes au prononcé de l'arrêt *Dame Mélinette*, et, ces lignes, de les emprunter textuellement à la note autorisée de M. Gaston Jèze (R. Dr. Publ., 1933, p. 427) :

« Il est à signaler que, entre les deux délibérations, les opinions dans le sein du Tribunal des conflits ont changé ; le ministre de la Justice s'est prononcé, croyons-nous, en faveur de la compétence administrative et, malgré cet appoint apporté aux partisans de cette solution, c'est l'autre opinion qui a triomphé Entre les deux délibérations, un conseiller d'Etat, au moins, a changé d'avis. »

Alors que, pour l'arrêt *Blanco*, pour l'arrêt *Feutry*, le triomphe de la compétence administrative, c'est-à-dire de l'Exécutif, n'a été assuré que de justesse et parce que le ministre de la Justice — on ne saurait trop le répéter — plus *ministre* que *Justice*, a jeté, dans la balance du Tribunal, le glaive : non de la Justice mais de l'Exécutif, voici que l'arrêt *Dame Mélinette* a été rendu *sans* — a été rendu CONTRE — le ministre de la Justice ; la compétence judiciaire a gagné le suffrage d'un représentant — au moins — de la justice administrative...

Le moins qu'on puisse dire de l'arrêt *Dame Mélinette*, c'est que, de la part de la doctrine, il a donné lieu, selon l'expression parlementaire, à des « mouvements divers ».

I. — Pour M. Raphaël Alibert, « la décision que le Tribunal des Conflits a rendue le 11 juillet 1933 est une erreur » (90). Pour M. Alexandre Houel, « son argumentation semble des plus critiquables » (91). Pour M. Gaston Jèze, « l'argumentation de l'arrêt *Mélinette* ne vaut rien du tout » (92).

(90) Note précitée, S. 1933.III.97, col. 1.

(91) Note précitée, Gaz. Trib., 18-19 oct. 1933, p. 2, col. 1.

(92) Note précitée, R. Dr. Publ., 1933, p. 427. — L'émotion soulevée par l'arrêt *Dame Mélinette* a encore été enregistrée dans la note *Verbanck* de M. Marcel WALINE (v. *infra*, p. 193).

II. — Seulement, alors que les deux premiers commentateurs condamnent *le dispositif* autant que *les motifs*, M. Gaston Jèze se rallie au *dispositif*, et cela pour deux raisons d'ordre pratique : la perte de temps et d'argent — et le risque de contradiction de la justice. Et, comme ces deux raisons valent même en dehors de la conjoncture pénale de l'affaire *Mélinette*, M. Gaston Jèze admet, dans tous les cas de double action, l'abandon de la compétence administrative laquelle, pourtant, maintient-il, « serait conforme aux principes ».

III. — Troisième son de cloche, enfin : pour MM. Louis Rolland (93) et Ch. Blaevoet (94), les motifs, comme le dispositif de l'arrêt n'atteignent nullement la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat prétendue fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi ces deux auteurs se trouvent en contradiction, non seulement avec les trois précédents, mais aussi (v. *supra*, p. 174) avec M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat — dans ses conclusions *Dame Mélinette*, importe-t-il de préciser : nous en verrons, à l'instant, la raison. *La tactique est saisissable : pour obtenir la confirmation du conflit, on le présente sous le signe de l'arrêt* Blanco (95), *on déclare y attacher le sort de l'arrêt* Blanco (96), *et si, néanmoins, le conflit est annulé, on s'empresse d'affirmer... que l'annulation n'atteint pas l'arrêt* Blanco ! *Ici encore* (v. *supra*, p. 169), *on fait « la part du feu » pour sauver la maison...* Et c'est précisément la tactique qui devait, quelques mois plus tard, être, de même, adoptée par M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat lui-même dans ses conclusions *Verbanck* (97). Ainsi, variations contradictoires : non seulement entre les auteurs, mais même entre les attitudes successives d'un défenseur éminemment qualifié de la thèse administrative. Mieux encore : les conclusions développées, peu après l'arrêt *Verbanck*, par M. le commissaire du gouvernement Latournerie, devant le Conseil d'Etat, dans l'affaire *Mabille* (98), contiennent, à la fois, une critique et une acceptation de l'arrêt Dame Mélinette ! Par contre, nous verrons, sous les mêmes arrêts *Verbanck* et *Mabille*, une nouvelle note de M. Raphaël Alibert renou-

(93) *Précis*, 5e éd., 1934, p. 288, n. 1.
(94) Note précitée, D. P. 1933.III.70, § IV.
(95) Concl. de M. le comm. du gouv. R.-M., § III, R. Dr. Publ., 1933, p. 430.
(96) *Ibid.*, § IX, p. 438, *in fine*.
(97) Tr. Confl., 27 nov. 1933, v. *infra*, p. 189.
(98) Cons. d'Et., 9 fév. 1934, v. *infra*, p. 194, n. 126, § 1.

veler son anathème contre l'arrêt *Dame Mélinette* (99). Bref, même *anarchie doctrinale* à l'égard de l'arrêt *Dame Mélinette* que celle que nous relèverons dans un instant (100) à l'égard de l'arrêt *Blanco*.

En présence de cette division de la « maison » administrative, quelle sera notre propre position ? C'est pour la déterminer que nous devons maintenant, comme nous l'avons annoncé, procéder à l'examen de l'arrêt *Dame Mélinette* du Tribunal des Conflits considéré d'abord en soi, puis au regard de l'arrêt *Blanco*, en nous bornant ici à une note succincte sur l'arrêt de la Cour de Paris (101).

N° 2. — Examen de l'arrêt

Nous constaterons d'abord, avec M. Raphaël Alibert dans sa note précitée, que ses motifs sont au nombre de trois :

1° Le service en cause était assuré dans des conditions assimilables à celles d'un service public industriel ;

2° L'action civile en réparation ne se rattachait point d'une manière indivisible à l'exécution d'un travail public ;

(99) Note au S. 1934.III.33, v. *infra*, p. 187.

(100) V. *infra*, Section II, p. 195 et s.

(101) L'arrêt de la Cour de Paris n'a pas, croyons-nous, intérêt à être examiné de trop près. Autant nous nous associons au rejet du déclinatoire administratif, autant les motifs de ce rejet nous paraissent singuliers. Pourquoi la Cour de Paris a-t-elle jugé devoir faire abstraction totale du caractère pénal du fait générateur du préjudice ? Est-ce une manifestation d'hostilité contre la jurisprudence de la Chambre Criminelle au point de refuser l'appui qu'elle lui offrait ? Quels arguments lui ont donc paru préférables ? Une distinction entre les services publics « d'ordre public » et les services publics non « d'ordre public » ? Un classement de l'enlèvement des ordures ménagères dans la catégorie « des actes qui ne sont pas par essence des actes d'administration » ? Alors, que devient l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 : « La *police* municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté *et la salubrité* publiques » ? La Cour de Paris peut, il est vrai, invoquer en faveur de son argumentation une excuse : c'est qu'elle l'a copiée textuellement (v. *supra*, p. 161) dans les conclusions *Côte d'Ivoire* de M. le comm. du gouv. Matter : « Toutes les fois que l'Etat, ou l'un quelconque de ses démembrements, agit dans l'intérêt de la collectivité, mais en dehors de ses fonctions naturelles, par des actes qui ne sont point par essence d'administration, il n'y a point lieu d'appliquer les règles (de la séparation des pouvoirs). » Malheureusement... la Cour a mal copié. Une grave nuance lui a échappé : c'est que, pour M. Matter, il s'agissait de distinguer le *service public* par opposition au *service privé* et non pas le *service public « d'ordre public »* par opposition *au service public non « d'ordre public »*. La Cour a confondu un service d'hygiène et de salubrité publiques avec le « service privé » de l'exploitation d'un bac. Dans sa note précitée, M. R. Alibert remarque (v. *infra*, p. 184) qu'il suffisait au Tribunal des Conflits « d'éviter toute incursion dans le domaine administratif et de se retrancher sur le terrain pénal » : on voit combien la Cour de Paris eût été mieux inspirée en procédant ainsi, *au lieu de dédaigner un argument éminemment judiciaire que le Tribunal des Conflits, lui-même, a pris, nous le verrons, en considération décisive.*

3° Les fonctions de l'agent (c'est-à-dire encore le service en question) ne rentraient pas dans les attributions exclusives de la Puissance publique.

L'ensemble, approuvé par MM. Louis Rolland et Ch. Blaevoet, a été, nous l'avons vu, condamné par MM. Alibert, Houel et Jèze. Nous considèrerons d'abord le couple des *premier* et *troisième* motifs, puis le *deuxième*.

Dans le premier et le troisième motifs, d'ailleurs très voisins et tous deux — regrettablement — inspirés de l'argumentation de la Cour de Paris que nous venons d'apprécier dans la note précédente, se révèle le progrès ci-dessus annoncé de la première « fissure » : la pénétration en matière délictuelle de la théorie de la « gestion privée » dans le service public (102). Au surplus, ces deux motifs portant : l'un sur le mode d'exécution du service, l'autre sur son objet, sont loin de constituer une nouveauté : n'y reconnaît-on pas la reproduction, à peu près textuelle, des deux raisons par lesquelles la doctrine administrative avait, au milieu du XIX^e^ siècle, expliqué son abandon de la gestion *du domaine* privé à la compétence judiciaire (v. *supra*, p. 157) ? En y dénonçant une « fissure » nous n'avions pas exagéré. Est-ce à dire que, dans notre lutte pour la compétence judiciaire, nous saisirons avec empressement l'appui que nous offrirait la théorie de la « gestion privée » ? *Tout au contraire, nous nous en priverons et cela pour deux raisons.* La première est que nous n'en avons pas besoin (103). La seconde est que la théorie de la « gestion privée » nous apparaît comme plus critiquable encore que la thèse de la compétence administrative qu'elle tend à ruiner — et que nous combattons (104). C'est dire

(102) Tel est le thème de la note précitée de M. Ch. BLAEVOET.

(103) Il nous paraît complètement inutile de recourir à une confusion contre nature entre une personne publique et une personne privée, alors que leur distinction essentielle ne se projette pas sur le plan de la responsabilité : nous croyons l'avoir établi quant au fond dans notre Introduction ; nous nous attacherons à le démontrer quant à la compétence dans les Titres qui suivront. Ce qui fait l'unité de régime — compétence comme fond — de la responsabilité, ce n'est pas la « nature privé » d'un service public ou de son mode de « gestion », c'est la nature même de la responsabilité — de la GARANTIE — incombant à un maître de service, quelle que soit la nature — privée ou publique — de ce service, ou de son mode de gestion.

(104) Le défrichage, d'abord, et la discussion, ensuite, des objections élevées contre la compétence judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat nous demanderont des développements trop étendus pour que nous puissions en consacrer de supplémentaires à la réfutation d'un système servant, par des voies que nous désapprouvons, notre propre thèse. Nous nous bornerons donc à exposer sommai-

qu'adversaire de la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat, nous faisons nôtres les critiques développées par les défenseurs de cette thèse contre les deux motifs envisagés qui la menacent.

Nous arrivons maintenant au deuxième motif : celui du non rattachement de l'action civile à l'exécution d'un travail public. Ici,

rement les réserves que nous inspire la théorie de la « gestion privée », et qui sont de trois ordres : *tactique*, *pratique*, *logique*.

A — Du point de vue tactique, la distinction : « autorité — gestion » n'a été que *la part du feu* à une époque où le péril était en la demeure administrative (Cf. Joseph-Barthélemy et Paul Duez, *Traité élém. de Dr. const.*, 1926, p. 669). Il en est de même de son « vestige » (v. *supra*, p. 160, n. 58) : la théorie de la « gestion privée ». Or, cette part du feu qui comprend, dans les services de l'Etat, toutes les industries — et tous les procédés, *matériels comme juridiques*, des services — pouvant appartenir à des particuliers, jusqu'où ne s'étendra-t-elle pas ? *Quo non ascendat?* Telle est précisément la question que pose, sans la résoudre, l'arrêt *Dame Mélinette*, alors que, de plus en plus, l'Etat pénètre l'industrie *et l'industrie pénètre l'Etat*... dont le Chef a reçu récemment les insignes du « meilleur *ouvrier* de France » (Les journaux du 3 mai 1934) !

B — S'agissant de la compétence, *c'est-à-dire de la question dont la connaissance doit être la plus accessible au justiciable*, que peut valoir pratiquement un critérium mettant aux prises, depuis plus d'un demi-siècle, les plus éminents jurisconsultes ? La réponse à cette question a été fournie par MM. Gaston Jèze et Paul Duez (v. *supra*, notre précédente note 59 de la p. 161) en termes assez décisifs pour qu'il nous soit permis de nous y référer. La défense même de cette théorie la condamne, puisqu'il lui faut plus d'une page pour caractériser le « service public » et plus de deux pages pour définir « le contrat administratif » (V. J. Appleton, *Traité*, n° 59, p. 114 et s. ; n° 62, p. 119 et s.). Enfin, la « dose » de « puissance publique » peut, dans une manifestation d'activité administrative, varier *de l'infime à l'infini* (Cf., sur ce point, René Jacquelin, *Une conception d'ensemble du Droit administratif*, 1899, p. 18, 19). D'où cette conclusion effrayante que, selon les propres termes de Maurice Hauriou : « *La dose de compétence administrative doit être mesurée exactement sur la dose de puissance publique* » (note sous Cons. d'Et., 8 avr. 1927, *Ch. de fer de l'Est*, S. 1927.III.89 ; N. A. H., I, p. 247). On nous réplique qu'il faut « tenir compte de la théorie de l'accessoire » (note *Dame Mélinette* de M. Ch. Blavoet, D. P. 1933.III.66, col. 2, dernier al.), mais comment précisément pourrait-on mieux interdire au malheureux justiciable l'accès de la justice ? « Les arbres, écrit H. Barckhausen dans son admirable *Etude sur la Théorie générale du domaine public* (R. Dr. Publ., 1903, p. 30 et 31) se reconnaissent aux fruits qu'ils portent. Nous ne nous étonnerons donc guère de la confusion, du chaos, où le Droit français se trouve depuis 70 ans quant à ce qui touche le domaine public. Il serait fastidieux de dresser l'état des inexactitudes et des contradictions tangibles qu'on peut relever en cette matière dans les livres, dans les arrêts, et dans les notes sans parler des règlements ou des lois... On ne s'accorde même pas entre légistes sur le caractère distinctif des dépendances du domaine public... Lorsqu'on voit des auteurs si compétents arriver à des solutions si divergentes l'on se défie de soi-même et l'on est prêt à se condamner au silence en murmurant le doux vers de Virgile : Non nostrum inter vos tantas componere lites (*Eglogues*, III, V, 98).

C — Du point de vue logique, enfin, la théorie de la « gestion privée » nous paraît prêter à trois critiques.

D'une part, comme l'observe encore très justement H. Barckhausen (*op. cit.*,

nous allons au contraire nous inscrire contre les critiques. Elles sont de deux ordres.

D'une part, MM. Alibert et Houel reprochent au Tribunal des Conflits d'avoir méconnu le caractère de travail public de l'entretien de la voie publique. Or, tel ne nous paraît pas être le sens du motif qui nous occupe. Ce qui, aux termes de l'arrêt « ne se rattache pas d'une façon indivisible à l'exécution d'un travail public », ce n'est pas l'entretien de la voie publique : c'est « l'action civile » à raison du fait d'un conducteur de camion d'ordures qui, sans prendre les précautions nécessaires pour éviter le recul, avait quitté sa voiture pour aller consommer dans un café. Et il nous paraît assez difficile qu'on puisse soutenir le contraire.

R. Dr. Publ., 1902, t. II, p. 445) pour le domaine privé, on a confondu le SOUVERAIN-NATION avec le MONARQUE-HOMME. Autant, nous le répétons, nous paraît imposé, par l'exigence même de la conscience publique, l'anthropomorphisme *mesuré* que constitue la personnification SIMPLE de l'Etat, autant nous reculons devant cette outrance, à laquelle on doit également (v. *supra*, n. 127 de la p. 54) l'attribution à une personne morale, non seulement de la *responsabilité*, mais de la *commission* d'une faute. **(a)** Pour ce qui est précisément du « domaine », la compétence judiciaire fut acceptée pour le domaine privé (v. *supra*, p. 129, la critique de M. Achille MESTRE) sous le prétexte que l'Etat en était « propriétaire » : or, voici que, d'après la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat (17 janv. 1923, *Piccioli*, avec l'observation de M. Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 41, n. 1, et 13 janv. 1933, C^ie^ Ch. de fer P.-O., avec les conclus. de M. le comm. du gouv. Georges MICHEL, R. Dr. Publ., 1933, p. 454, 455, 458) — jurisprudence conforme à la doctrine de Maurice HAURIOU, *Précis*, 11^e^ éd., p. 638 et s. — *le domaine « public » est lui-même objet de propriété de la personne publique.* Dès lors, nous nous demandons en vertu de quel principe rationnel « l'inaliénabilité » et « l'imprescriptibilité » présentent un rapport quelconque avec la compétence en matière d'accidents. — **(b)** Pour ce qui est du « personnel », sait-on, par exemple, qu'un décret — un véritable coup de baguette de fée — du 10 août 1929 a métamorphosé, par « titularisation », toute la catégorie des « employés auxiliaires » — donc « privés » — des bureaux de la Guerre, « embauchés » par contrats sous le régime dit « de 1916 », en une catégorie de « fonctionnaires » — donc « publics » — avec la nouvelle appellation de « commis de rédaction et de comptabilité », *en les laissant sur les mêmes chaises* et sans le moindre changement à leurs fonctions ? On est, d'ailleurs, bien obligé de reconnaître que le domaine — et la gestion — et les services — dits « privés » emploient du personnel « public », tout comme le domaine — la gestion — les services — dits « publics » emploient du personnel — dit — « privé », et que chacun des deux personnels opère indistinctement au « public » et au « privé ». Alors, pour expliquer l'exclusion ou l'admission de l'art. 1384, et partant de la compétence judiciaire, on ne craint pas de venir nous dire que « les rapports de l'administration avec son employé seront considérés » comme « d'une nature particulière » ou comme « ceux de commettant » *selon que* l'opération accomplie par cet employé « implique — ou non — un procédé de puissance publique » (Ch. BLAEVOET, Note *Dame Mélinette*, D. P. 1933.III.68, col. 2) ! — **(c)** Quant à la gestion prétendue « privée », n'implique-t-elle pas, ne « présuppose-t-elle » pas, tout comme la gestion même du domaine privé « des décisions de principe qui sont des actes d'autorité » selon la remarque constamment formulée par Maurice HAURIOU (*Précis*, 5^e^ éd., 1903, p. 214, III ; 10^e^ éd.,

D'autre part, M. Ch. Blaevoet, tout en ayant, dans sa note précitée, consacré à la définition du « travail public » des développements pouvant faire croire que cette question était, pour lui aussi, soulevée par l'arrêt *Dame Mélinette*, paraît, cependant, avoir interprété (D. P. 1933.III.67, col. 2, antepénult. al.) le considérant du

1921, n. 1 de la p. 39 et al. numéroté 2° de la p. 43 ; 11e éd., 1927, p. 916, II, al. num. 2°). Mieux encore : M. Pierre DARESTE reconnaît que la théorie de la « gestion privée » introduit la compétence judiciaire en matière de responsabilité contractuelle « ALORS MÊME QUE L'ACTE PAR LEQUEL L'ADMINISTRATION MANQUE A SES OBLIGATIONS EST UN ACTE D'AUTORITÉ OU DE PUISSANCE » (*Voies de recours*, § 170, p. 605. — **(d)** Quant au « service », enfin, le service « privé » se définirait (note de M. DELVOLVE sous l'arrêt *Kuhn*, Cons. d'Et., 29 janv. 1932, S. 1932.III.97), soit par les conditions de sa gestion : « gestion privée », soit par son objet : « la poursuite de la richesse collective des habitants », que « l'on ne saurait reconnaître comme rentrant dans la fonction administrative » — ce qui exclut de la catégorie des services publics tous les services fiscaux !...

N'est-il pas grand temps de revenir à *l'Etat personne unique* ET UNIQUEMENT PUBLIQUE, au domaine — au personnel — au service — uniques et uniquement publics, c'est-à-dire NATIONAUX (ou départementaux ou communaux, etc.), d'en finir, en un mot, avec LA DICHOTOMIE DE LA PERSONNE PUBLIQUE ? (cf. en ce sens : ARTUR, *Sépar. des pouv. et sép. des fonct.*, R. Dr. Publ., 1902, p. 442).

— D'autre part, quand on prétend faire de la présence ou de l'absence de la puissance publique le critérium de la compétence, où a-t-on pris que la *puissance publique* soit *exclusivement administrative*, se confonde avec l'administration ? Où a-t-on pris, nous le répétons (v. *supra*, p. 174) — et nous le répèterons (v. *infra*, p. 282 et 289, n. 72) — que la puissance publique — avant tout, d'ailleurs, *législative* — ne s'exerce pas aussi sous la forme *judiciaire*, que les tribunaux judiciaires ne jugent pas « au nom du peuple français » ?

— Et enfin, et même en admettant que la mise en jeu de la puissance publique par l'administration doive influer sur la compétence, *est-on bien sûr que ce soit dans le sens de la compétence administrative?* Ainsi que nous l'avons déjà observé (*supra*, p. 106), « l'administration est dotée d'un double privilège de *droit* et de *juridiction* ». Si, donc, on veut que ce double privilège ne dégénère pas en oppression, il importe que le jeu de ses deux éléments s'équilibre par des variations inverses. Quand s'accroît le privilège de droit, le prilivège de juridiction doit normalement disparaître. Est-il des matières où la puissance publique apparaisse à un plus haut degré dans l'activité administrative que l'expropriation, la réquisition, la conscription ? Et pourquoi le législateur a-t-il édicté en ces matières la compétence judiciaire ? Pourquoi la question de puissance publique administrative suprême : celle de la discrimination de « L'ORDRE DE SERVICE » MILITAIRE est-elle dévolue à la Cour de cassation ? La réponse est immédiate : c'est pour la sauvegarde de *l'équilibre* constitutionnel entre *l'autorité et la liberté*. Inversement, l'emploi de la « gestion privée », c'est-à-dire la renonciation de l'administration à son privilège de droit n'implique pas — au contraire — une renonciation forcée *automatique* de l'administration à son privilège de juridiction. Sauf l'acceptation facultative et expresse de la compétence judiciaire par l'administration, la conséquence rationnelle, normale, de la « gestion privée » serait... *la compétence administrative!*

De cette disgression dont nous nous excusons, il nous paraît permis de conclure que, du triple point de vue envisagé : tactique, pratique et logique, la théorie de la « gestion privée » justifie, pour le moins, nos réserves — et notre réserve — encore corroborées par la très savante note de M. Marcel WALINE sous l'arrêt *Verbanck* (D. P. 1934.III.12, col. 2).

« lien indivisible » dans le sens pour lequel nous venons de nous prononcer. Mais il en déduit, contre ce considérant, un autre grief :

« Il ne faut pas, observe cet auteur, considérer l'acte d'une façon isolée en lui-même « *singulariter* », mais il faut avoir présente à l'esprit la théorie de l'indivisible, et tenir compte de l'ensemble dont l'acte fait partie... envisager dans son ensemble une opération. »

A quoi nous répondrons, d'abord, que, comme nous le remarquions il y a un instant, c'est précisément la « présence à l'esprit » du Tribunal des Conflits de la « théorie de l'indivisible » qui l'a affranchi de l'arrêt *Blanco*. Puis, nous ajouterons que, pour « tenir compte de l'ensemble dont l'acte fait partie », il faut avoir déjà reconnu et décidé que, précisément, l'acte « fait partie » de l'ensemble visé, c'est-à-dire du travail public. Or, nous le demanderons à nouveau, peut-on raisonnablement prétendre que l'imprudence commise par le conducteur *Rols* « fait partie » du travail d'enlèvement des ordures ? Il ne s'agit plus d'un mode d'exécution plus ou moins imprudent, négligent, ou maladroit d'un travail public ou d'un service public, comme dans les affaires *Dame Debref* (105), *Provost* (106), *Babouet* (107), *Vve Lemetti* (108), invoquées par le commissaire du gouvernement, mais bien D'UNE VÉRITABLE PARENTHÈSE ouverte par l'agent *au milieu de* « l'exécution d'un travail public », au milieu de « l'ensemble » de « l'opération » que M. Ch. Blaevoet propose d'envisager.

Donc le considérant du non rattachement « d'une façon indivisible » de l'action civile — comme du fait délictuel d'où elle procède — à l'exécution du travail public nous paraît, contrairement aux deux autres considérants, *ne mériter aucune des critiques dont il a été l'objet.*

Reste la question *de la conséquence* que, de ce considérant, inattaquable en soi, l'arrêt a déduite *pour la compétence*. Ici se place cette observation très habile, divinatoire même, de M. le commissaire du gouvernement R.-M. que, « tant au point de vue de la compétence qu'au point de vue des conditions de la responsabilité, les règles spéciales à la matière des travaux publics jouent *à l'intérieur du domaine de la juridiction administrative*, et qu'elles sont *indifférentes* pour l'application du *principe de la séparation* de

(105) Tr. Confl., 15 avril 1905, Rec. 401.
(106) Tr. Confl., 2 mai 1914, Rec. 531.
(107) Cons. d'Et., 16 juillet 1914, Rec. 882.
(108) Tr. Confl., 26 mai 1924, Rec. 502.

l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire » (109). Or, il est difficile de contester que le texte — ou le prétexte — de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ait été utilisé pour le jeu de la compétence administrative à l'égard de l'entrepreneur, et quant à la personne publique, ce n'est pas nous qui avons écrit que le recours à cette disposition en matière d'accidents de personnes n'avait été qu'un « subterfuge » et « pour éviter la compétence judiciaire » (110). Malheureusement, l'argument « travaux publics » était à deux tranchants, et il n'a pas suffi de désavouer le premier pour se préserver du second. Certes, si l'on ne s'était pas trouvé en matière de travaux publics, la question du « lien indivisible » d'une faute personnelle et pénale de l'agent avec le service dont il était chargé ne se serait pas plus posée que pour la faute personnelle et pénale des ouvriers des tabacs de l'affaire *Blanco*. Mais la même idée d' « indivisibilité », qui a si bien servi la « politique jurisprudentielle » d'annexion de la juridiction administrative, l'a ici desservie parce que le Tribunal l'a étendue de la conjoncture du fait personnel de *l'agent d'entreprise* au fait personnel de *l'agent d'administration*. Autrement dit : il a appliqué à l'Etat ce que, dans l'arrêt *Devisse* (*supra*, p. 169), il avait jugé pour l'entrepreneur, à savoir que :

> « la circonstance que l'acte délictuel qui a été la cause directe de l'action a été commis à l'occasion de l'exécution d'un travail public ne saurait faire échec à la règle de compétence (des art. 2 et 3 C. i. c.). »

Ainsi, bien loin que l'arrêt *Dame Mélinette* procède de la méconnaissance de la nature de « travail public » du service d'entretien de la voie publique, c'est, tout au contraire, la prise en considération de la conjoncture « travail public » qui a, sinon déterminé, du moins concouru à déterminer cette décision. *Il était dans l'ordre du destin que ce n'est pas seulement le principe même de la responsabilité — et de la responsabilité « sans faute » administrative — de la personne publique, mais aussi la compétence judiciaire qui, dans les fourgons du « travail public » envahiraient le « service public »* : et telle est une moralité de l'arrêt *Dame Mélinette*.

Nous n'avons donc pas plus exagéré avec la « fissure » : « travaux publics » qu'avec la « fissure » : « gestion privée. » Mais plus décisif encore nous paraît avoir été le rôle de la « fissure » :

(109) *Loc. cit.*, § IV, R. Dr. Publ., 1933, p. 433. Déjà au § III, p. 430, la même idée était exprimée.

(110) Maurice Hauriou, Note *de Fonscolombe*, S. 1909.III.49 et N. A. H., I, p. 592. Même aveu de M. Achille Mestre dans sa note précitée *Somerville*, § 4 (v. *supra*, n. 43 de la p. 156).

« action pénale. » De l'adoption même du motif dont nous prenons la défense, il ressort que le Tribunal des Conflits a dû être impressionné par la fermeté — comme par la valeur juridique — de la jurisprudence de la Chambre Criminelle. Mais il convient surtout d'observer que *la rencontre de ces trois fissures s'est faite sur un point singulièrement délicat de la thèse administrative* et spécialement de l'arrêt *Blanco*, savoir : la revendication de la compétence administrative *dans le cas d'une faute pénale et personnelle de l'agent, exclusive de toute défaillance, de toute défectuosité administrative concomitante*. Point DE SI FAIBLE RÉSISTANCE, prétention tellement excessive, que M. Raphaël Alibert se déclare, lui-même, disposé à l'abandonner :

« Le Tribunal des Conflits, constate le savant auteur, avait, à la vérité, un moyen de proclamer, dans l'espèce, la compétence judiciaire s'il y tenait absolument (?) : il lui suffisait d'éviter toute incursion dans le domaine administratif et de se retrancher sur le terrain pénal... Dans l'espèce, le fait générateur du dommage est uniquement le délit de l'agent municipal SANS MÉLANGE D'AUCUNE CONTINGENCE ACCESSOIRE TIRÉE DU FONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC. Ce fonctionnement étant hors de cause, la séparation des pouvoirs ne l'était pas moins et la loi des 16-24 août 1790, QUI N'A PAS ÉTÉ faite pour de telles hypothèses, devenait inapplicable. Le Tribunal des Conflits n'avait qu'à le dire... »

Nous croyons avoir établi que, si ce n'est pas ce que le Tribunal a dit textuellement, c'est bien ce qu'il a voulu dire par le deuxième de ses motifs, celui auquel nous avons donné notre adhésion. La plus élémentaire prudence, d'accord avec la logique, eût dû conseiller au parti administratif de limiter sa revendication de la compétence administrative au cas de la faute administrative et non pénale et de laisser à la juridiction judiciaire la connaissance de la responsabilité civile, non seulement de l'agent, mais de la personne publique au cas de la faute : soit pénale, soit personnelle, soit *a fortiori* l'un et l'autre. *Pour livrer le combat de la compétence administrative, l'espèce* Blanco *avait donc été mal choisie*. La victoire ne pouvait être gagnée que « *per accidens* » et la gourmandise administrative devait un jour se payer par un arrêt *Dame Mélinette* (111). On ne se saurait en faire grief à celui-ci (112).

(111) Cf. *supra*, p. 144, n. 11.

(112) Mais, comme la thèse de la compétence administrative s'est toujours fondée sur l'arrêt *Blanco*, on n'en conçoit pas moins la réaction déclanchée par l'arrêt *Dame Mélinette*. C'est ainsi qu'en conclusion de sa note précitée, M. Raphaël ALIBERT croit devoir, en se référant aux exemples de l'Angleterre et des Etats-Unis « prévenir ceux qui veulent rester fidèles au principe solennel et faux que « l'autorité judiciaire est gardienne des droits individuels »... qu'ils feront bien de ne pas choisir la responsabilité de la puissance publique comme

Que s'il était encore besoin de justifier cette décision et spécialement le motif ici examiné, nous n'avons plus aucune raison de dissimuler que ce n'est qu'à cette fin que nous avons, dans notre « préhistoire » de l'arrêt *Blanco* (*supra*, p. 126), cité *in extenso* l'arrêt Cons. d'Et., 23 juin 1848, *Héritiers Boyer*, disposant notamment qu'une infraction pénale d'un agent de l'administration ne saurait être considérée comme « rentrant dans l'exécution du travail auquel cet agent était employé ». Ainsi se vérifie l'adage que *les choses nouvelles ne sont que des choses oubliées*. Ainsi aurons-nous peut-être réussi à faire apparaître que l'arrêt *Dame Mélinette* n'est pas — ou du moins n'est pas complètement — « une erreur ».

N° 3. — L'arrêt « Dame Mélinette » et l'arrêt « Blanco »

L'opinion optimiste — et opportuniste — selon laquelle l'arrêt *Blanco* sort indemne de l'alerte *Dame Mélinette* se fonde sur trois arguments, savoir :

1° le caractère industriel du service public intéressé dans l'affaire Dame Mélinette ;

2° l'absence de l'élément puissance publique dans « l'opération » en relation avec l'accident générateur du préjudice en cause dans cette affaire ;

3° l'abandon de poste à l'origine de cet accident.

Le premier argument : celui de la nature industrielle du service intéressé (service municipal d'enlèvement des ordures) a été présenté par M. Louis Rolland (113). Formellement condamné par M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat dans ses conclusions *Dame Mélinette*, il a été, quelques mois plus tard, accepté par lui dans ses conclusions *Verbanck* (v. *infra*, p. 189).

Or, nous demandons que l'on veuille bien nous indiquer en quoi la formule de l'arrêt *Blanco* : « dommages causés par le fait de personnes que l'Etat emploie dans le service public » fait état d'une telle considération, et nous demandons surtout en quoi le service d'hygiène d'enlèvement des ordures — de l'arrêt *Dame Mélinette* — est plus industriel que la manufacture des tabacs — de l'arrêt *Blanco* (114) !

thèse de démonstration. » C'est là, nous en convenons, un argument impressionnant — et que nous n'aurons garde de négliger (cf. *infra*, p. 391).

(113) *Précis de Dr. adm.*, 5e éd., 1934, p. 288, note 1 précitée, *supra*, p. 176.

(114) On a pu voir ci-dessus combien Davis, dans ses conclusions *Blanco*,

Ce sont ces deux mêmes questions qui nous fourniront notre réponse à l'argument de l'absence de l'élément : puissance publique constituant le fond de la note *Dame Mélinette* de M. Charles Blaevoet : En quoi l'arrêt *Blanco* implique-t-il la présence de l'élément puissance publique ? En quoi cet élément : puissance publique se rencontre-t-il moins dans un service de *salubrité publique*, fonction administrative municipale essentielle, que dans la fabrication du tabac ?

Pour ce qui est, enfin, du troisième argument : celui de l'abandon de poste du conducteur *Rols*, présenté avec le premier par M. le commissaire du gouvernement dans ses conclusions *Verbanck* par rapport à ses conclusions *Dame Mélinette* on ne voit pas davantage en quoi la formule de l'arrêt *Blanco* touchant

« la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans son service ».

fait acception de la nature de ce fait, plus que de la nature du service public.

Il y aurait bien encore, à la vérité, un quatrième chef de différenciation invocable entre les espèces *Blanco* et *Dame Mélinette* : c'est que la première mettait en cause *l'Etat* et la seconde *une ville*. Mais tout le monde est d'accord sur l'indifférence de cette particularité depuis l'arrêt *Feutry* et tous les commentateurs de l'arrêt *Dame Mélinette*, à commencer par M. le commissaire du gouvernement R.-M., *se sont bien gardés* d'en faire état à la décharge de cette décision.

Ainsi, chacune des considérations invoquées — ou qui auraient pu l'être — ne nous *apparaît de nature à faire sortir l'espèce* Dame Mélinette *du champ d'application de l'arrêt* Blanco. Est-ce à dire que le principe de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat, posé par l'arrêt *Blanco*, soit absolument contredit par l'arrêt *Dame Mélinette* ? Loin de nous l'idée de le prétendre. Par contre, il ressort de l'analyse qui précède que, si le principe de l'arrêt *Blanco* n'est pas réduit à néant par l'arrêt *Dame Mélinette*, il est néanmoins atteint dans la portée... *générale et absolue* de sa formule, c'est-à-dire *dans son essence même*.

Il nous paraît dès lors permis de conclure :

(v. *supra*, p. 138) *s'était attaché à écarter toute considération tirée du caractère du service en cause.*

— et contre l'opinion selon laquelle « l'arrêt *Dame Mélinette* est une erreur » parce qu'il atteint l'arrêt *Blanco* ;
— et contre l'opinion selon laquelle l'arrêt *Dame Mélinette* n'atteint pas l'arrêt *Blanco* ;
que l'arrêt *Dame Mélinette* — abstraction faite de ses motifs surabondants — n'est pas une « erreur », et qu'il atteint essentiellement l'arrêt *Blanco*.

ARTICLE 2. — L'ARRÊT « VERBANCK »

A quatre mois et demi de distance, l'arrêt *Dame Mélinette* allait être suivi d'une nouvelle décision du Tribunal des Conflits qui constitue une reproduction littérale... de l'arrêt *Blanco :* c'est l'arrêt *Verbanck*, du 27 novembre 1933, rapporté au D. P. 1934. III.9, avec une importante note de M. Marcel Waline, et au S. 1934. III.33, avec une nouvelle note de M. Raphaël Alibert, confirmant sa note *Dame Mélinette* précitée (115).

L'arrêt *Verbank* rééditant, comme nous venons de l'indiquer, l'arrêt *Blanco*, la question de son examen en soi ne se pose plus ici comme pour l'arrêt *Dame Mélinette*. Après avoir retracé son histoire juridique, il importera, par contre, de déterminer sa position au regard de l'arrêt et des conclusions *Dame Mélinette*. D'où la division simplement bipartite du présent Article.

N° 1. — L'histoire juridique de l'arrêt (116)

Il s'agit, cette fois, d'un accident mortel, causé par le conducteur *Le Béguec* d'une automobile goudronneuse des Ponts et Chaussées qui était en cours de bitumage, en traversant « soudain », de la droite à la gauche, la route nationale qu'il suivait (à 6 kilomètres de Guincamp) « pour se ranger le long de l'accotement gauche près d'un camion citerne qui s'y trouvait déjà ». Le jeune cycliste *Peurou*, qui suivait l'automobile goudronneuse, s'étant mépris sur la signification du geste « d'extension du bras » fait par le con-

(115) A la suite de l'arrêt de conflit *Verbanck*, est également rapporté un arrêt du Cons. d'Et., 9 février 1934, *Mabille*, où, en l'absence de faute pénale, ne s'est pas posée la question de compétence. L'arrêt n'en présente pas moins, au regard des conclusions *Verbanck*, un intérêt que nous aurons lieu de relever (v. *infra*, p. 191). Nous nous arrêterons aussi sur les conclusions *Mabille* (n. 126 de p. 194) de M. le comm. du gouv. LATOURNERIE.

(116) D'après les concl. de M. le comm. du gouv. ROUCHON-MAZERAT (D. P. 1934.III.13).

ducteur, « heurta le véhicule, fut projeté à terre, et succomba quelques instants plus tard aux suites d'une fracture du crâne ».

« Traduit devant le Tribunal correctionnel de Guingamp, le sieur *Le Béguec* fut condamné, par un jugement du 24 janvier, à 25 francs d'amende avec sursis, pour homicide par imprudence, à 5 francs d'amende pour contravention au code de la route, et à 20.000 francs de dommages-intérêts envers les époux *Verbanck*, beau-père et mère du cycliste *Peurou*, parties civiles. Le tribunal avait évalué le préjudice à 40.000 francs, mais il avait estimé que la responsabilité de l'accident était partagée entre le conducteur de l'automobile goudronneuse et la victime. Le même jugement déclarait l'Etat civilement responsable de la condamnation pécuniaire prononcée contre le sieur *Le Béguec*.

Le sieur *Le Béguec*, l'administration, et le ministère public ont fait appel de ce jugement devant la Cour de Rennes. Devant la Cour d'appel, le préfet des Côtes-du-Nord a présenté un déclinatoire de compétence relativement à la responsabilité de l'Etat. La Cour a rejeté ce déclinatoire par un arrêt du 29 mai 1933, contrairement aux conclusions du procureur général. Le préfet a alors élevé le conflit par un arrêté du 12 juin suivant (117).

L'arrêt de la Cour d'appel rejetant le déclinatoire s'inspire des motifs sur lesquels est fondée la jurisprudence de la Chambre criminelle : art. 1384 C. civ., combiné avec l'art. 3 C. instr. crim. (118) ».

Devant le Tribunal des Conflits, ce fut encore M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat qui occupa le siège du ministère public. Sur ses très habiles conclusions — qui furent, cette fois, suivies, et que nous retrouverons dans un instant — le Tribunal des Conflits *recopia*, nous le répétons, l'arrêt *Blanco* en ces propres termes :

« Vu les art. 319 et 320 C. pén. ; Vu l'art. 3 C. Instr. crim. (ces deux visas sont nouveaux) ; Vu les lois des 16-24 août 1790 et 16 fruct. an III ; Vu l'ordonnance du 1er juin 1828 et la loi du 24 mai 1872 ;

« Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis par le Code civil (119) ; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés, que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître. »

Résurrection triomphale, revanche éclatante de l'arrêt *Blanco*, réparation de la « brisure », mais — à quel prix ?

(117) Le conflit *Verbanck*, comme le conflit *Dame Mélinette*, sont donc de ces conflits *sur l'appel* qui, comme l'a dit quelque part Maurice Hauriou, « sentent mauvais ».

(118) Ainsi l'arrêt *Verbanck* de la Cour de Rennes n'encourt pas la critique qui nous a paru méritée par l'arrêt *Dame Mélinette* de la Cour de Paris (*supra*, p. 177, n. 101). Est-ce pour cette raison que l'arrêt de Rennes n'a pas été suivi, alors que celui de Paris l'a été ?

(119) Il manque toutefois ici sept mots : « *pour les rapports de particulier à particulier* ». Nous aurons l'occasion d'en reparler (v. *infra*, p. 418 en note).

C'est ce que va nous apprendre l'examen de l'arrêt — et des conclusions — *Verbanck* au regard de l'arrêt — et des conclusions — *Dame Mélinette*.

N° 2. — L'arrêt et les conclusions « Verbanck » au regard de l'arrêt et des conclusions « Dame Mélinette »

Quelque gêne que puisse causer à la thèse administrative cette confrontation de l'arrêt *Verbanck* avec l'arrêt *Dame Mélinette*, son intérêt scientifique ne nous permet pas de la négliger.

Après l'arrêt *Dame Mélinette*, la « revendication » de la compétence administrative dans une espèce similaire, telle que l'offrait le litige *Verbanck*, n'allait pas sans difficulté — et plus délicate encore apparaissait-elle de la part du commissaire du gouvernement même qui avait précisément conclu dans l'affaire *Dame Mélinette*. Du « tout ou rien » — lorsqu'il ne faut plus compter sur le « tout », on sait que la tactique administrative passe à la « part du feu » (120). Ainsi M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat opta pour ce qu'il nous sera permis d'appeler *la déférence stratégique :* contre la « mauvaise fortune » de l'arrêt *Dame Mélinette*, « faire bon cœur » en lui cherchant — en lui trouvant — des explications, des excuses, en prospectant cette décision pour en extraire — comme de l'or — les points providentiels de son argumentation qui pouvaient paraître ne pas s'appliquer à l'espèce *Verbanck*. C'était, à la vérité, adorer ce qu'on avait brûlé, mais c'était aussi la seule chance de salut pour ce qu'il fallait sauver à tout prix : l'arrêt *Blanco* (121).

Voici donc l'ingénieux « rétablissement » des conclusions *Verbanck :*

« Cette jurisprudence (celle de l'arrêt *Blanco*) a été encore confirmée récemment d'une façon implicite (?) par l'arrêt du 11 juillet 1935 (*Dame Mélinette*)... Vous vous souvenez que, dans cette affaire, pour déclarer l'autorité judiciaire compétente envers la ville de Paris à raison d'un accident causé par un camion du service municipal d'enlèvement des ordures ménagères, le Tribunal des Conflits s'est fondé sur le double motif que, d'une part, ce camion ayant été abandonné sans surveillance sur la chaussée, on se trouvait en dehors de l'exécution d'un travail public et que, d'autre part, l'administration chargée du nettoiement de la voie publique présente le caractère d'un service industriel ou commercial.

Or, aucun de ces motifs ne peut être invoqué dans l'affaire actuelle. Le sieur *Le Béguec*, conducteur de l'automobile goudronneuse était à son poste au moment de la collision, et, d'autre part, il ne viendrait à l'esprit de personne d'assimiler l'administration des Ponts et Chaussées à une maison de commerce. »

(120) V. *supra*, p. 169, 176, n. 104-A ; *infra*, p. 194, n. 126, § 1er et p. 318.
(121) V. *supra*, p. 176.

Le haut Tribunal ne pouvait être en reste de courtoisie : cette fois, c'est dans le sens des conclusions du commissaire du gouvernement, dans le sens *désiré par l'administration*, dans le sens de la compétence administrative, que cette remise en question — non moins critique que les précédentes (122) — de l'arrêt *Blanco* allait être résolue. Mieux : l'arrêt Blanco se voyait l'objet d'une... citation textuelle... à l'ordre du Tribunal des Conflits.

Ainsi se trouvait magnifiquement atteinte *la fin* visée par les conclusions *Verbanck*. Il nous reste à examiner la valeur logique et juridique... *des moyens*. Nous avons déjà reconnu (*supra*, p. 185 et s.) que les deux conjonctures : nature — prétendue — industrielle du service municipal d'enlèvement des ordures et abandon de poste de l'agent sont incluses dans le vaste champ — dans la formule « générale et absolue » — de l'arrêt *Blanco* et que, spécialement au regard des *conclusions Blanco*, elles apparaissent sans la moindre pertinence. De leur pertinence, de leur influence prétendues décisives quant à l'arrêt *Dame Mélinette* par les *conclusions Verbanck*, que doit-on penser spécialement au regard des *conclusions Dame Mélinette* ?

Pour ce qui est, d'abord, de la *nature du service* en cause, nous n'apercevons pas en quoi l'argumentation de pure affirmation — et, de plus, aussi contestable que contestée, nous l'avons vu — de l'arrêt *Dame Mélinette* sur ce point aurait pu infirmer les objections catégoriques du § V des conclusions *Dame Mélinette* (R. Dr. Publ., 1933, p. 434).

D'autre part, la rétractation de M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat ne saurait engager que lui : or, son opposition initiale à une discrimination de la compétence « d'après la distinction des services d'ordre public et des services à caractère commercial ou industriel » a été non seulement partagée par M. Gaston Jèze (R. Dr. Publ., 1933, p. 427, 428) et par M. Ch. Blaevoet dans sa note *Dame Mélinette* (D. P. 1933.III.67, col. 1, ligne 3 à 7), mais elle a été reprise, même après la capitulation des conclusions *Verbanck* précitées de M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat, par M. Marcel Waline dans sa très importante note sous le même arrêt *Verbanck* (D. P. 1934.III.12, col. 2). Cette attitude concordant avec celle que nous avons adoptée et que nous croyons avoir justifiée à l'égard de la théorie de la « gestion du domaine privé » et de la « gestion privée » (v. *supra*, note 104 de la

(122) V. *supra*, p. 141 et p. 154.

p. 178), nous conclurons avec ses savants auteurs, à commencer par M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat lui-même — d'avant l'arrêt *Verbanck* — que, pour la responsabilité de l'Etat au titre d'un service assuré par l'administration, la compétence ne saurait être affectée par le caractère prétendu industriel de ce service.

Enfin, il ne suffisait pas de revaloriser *en droit* l'influence de la nature du service sur la compétence : encore importait-il d'établir *en fait* que, entre les deux services respectivement en cause dans les deux affaires *Dame Mélinette* et *Verbanck*, ce chef de discrimination de la compétence se rencontre et joue dans le sens désiré. A cet effet, M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat oppose « l'administration chargée du nettoiement de la voie publique » à « l'administration des Ponts et Chaussées ». L'antithèse ainsi formulée est d'une remarquable habileté : elle atteint même à la virtuosité dans le sophisme verbal car les termes *ne sont pas homogènes*. Ce qui, dans l'occurence, s'oppose à l'administration des Ponts et Chaussées, c'est l'administration municipale, qui, pas plus que l'administration des Ponts et Chaussées, ne saurait être « assimilée à une maison de commerce ». Et ce qui s'oppose au *nettoiement de la voie publique*, c'est le *goudronnage de la voie publique*, lequel, en soi, n'apparaît pas, que nous sachions, beaucoup moins industriel que le nettoiement. Aussi bien, ajouterons-nous, n'est-ce pas enfoncer ici une porte ouverte et plaider une cause *administrativement entendue*, comme en témoignent péremptoirement les notes *Dame Mélinette* précitées (*supra*, p. 175) de MM. Raphaël Alibert et Alexandre Houel ? *Et n'est-ce pas encore une ironie du destin que d'avoir fait rencontrer, sur une même page du* Dalloz, *les conclusions* Verbanck — *qui s'accommodent du caractère industriel du service municipal de salubrité que constitue le nettoiement de la voie publique — avec l'arrêt* Mabille *du Conseil d'Etat* (9 février 1934, D. P. 1934.III.13), qui est fondé *sur le caractère de travail public de ce service, déterminant à son égard la compétence administrative des conseils de préfecture ?*

Quant à la circonstance de l'abandon de poste du conducteur du camion dans l'affaire *Dame Mélinette*, il suffit de considérer que, dans l'affaire *Verbanck* comme dans l'affaire *Dame Mélinette*, on se trouve en présence d'un agent public coupable d'une faute qui a été reconnue non seulement délictuelle pénale par la juridiction répressive, mais en outre *personnelle* par l'administration elle-même qui n'a élevé le conflit QUE SUR L'ACTION CIVILE CONTRE L'ETAT. Or, par

définition, toute faute personnelle ne se détache-t-elle pas de l'exécution du service, n'est-elle pas dès lors « en dehors de l'exécution » du service — ou du « travail » — « public » ? Ou bien *faudra-t-il, pour la compétence, sous-distinguer la faute personnelle en faute qui se détache du service en se plaçant en dehors de son exécution et celle qui se détache du service sans se placer en dehors de son exécution* ? Et à quelle épreuve, alors, soumettra-t-on, selon l'expression de Maurice Hauriou « la patience du public pour ce qu'il se permet d'appeler irrévérencieusement les chinoiseries de la procédure » (123) ?

Aussi bien cette circonstance — cette contingence — des faits de la cause *Dame Mélinette* avait-elle dû paraître à M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat dépourvue de toute pertinence puisque, dans son exposé des *conclusions Dame Mélinette*, il l'avait *complètement passée sous silence*, et que c'est pour la première fois qu'elle apparaît sous sa plume dans ses conclusions *Verbanck*. Bien mieux, ne lit-on pas dans ses conclusions *Dame Mélinette* :

« Le critérium réside dans le caractère administratif du service et non dans les circonstances matérielles du dommage » ?

Et cette indifférence — quant à la compétence — de la modalité de la faute pénale personnelle de l'agent n'est-elle pas encore affirmée dans la note *Verbanck* même de M. Marcel Waline qui se garde bien de suivre les conclusions du commissaire du gouvernement dans l'intérêt qu'elles découvrent — pour la compétence — au fait que le conducteur *Rols* a abandonné « son camion sans surveillance sur la chaussée ». Et encore nous sera-t-il permis de demander respectueusement à M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat à quelle compétence il conclurait sur une action en responsabilité contre l'Etat à raison d'un accident causé *par des chevaux qu'un conducteur militaire aurait momentanément « abandonnés sans surveillance » pour aller, lui aussi, se restaurer — ou se rafraîchir — dans un café ?*

Enfin — nous l'avons déjà demandé mais il nous faut bien encore reposer la question : où a-t-on vu, dans la formule de cet arrêt *Blanco* recopié par l'arrêt *Verbanck*, qu'il soit fait acception des circonstances matérielles du préjudice « causé par le fait d'une personne employée par l'Etat dans le service public » ?

Nous irons maintenant plus loin que M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat et, ici encore, nous signalerons

(123) Note *de Fonscolombe*, S. 1909.III.49 ; N. A. H., I, p. 93.

un troisième élément qui figure expressément dans les motifs de l'arrêt *Dame Mélinette* et que nous ne retrouvons pas dans l'espèce *Verbanck :* c'est que, dans le premier cas l'action était dirigée contre une ville, et, dans le second, contre l'Etat. Cette circonstance « qui ne peut être invoquée dans l'affaire *Verbanck* », l'éminent magistrat *s'est bien gardé de la relever* et nous ne nous garderons pas moins de lui en faire grief (124), mais ne voit-on pas que la capitulation sur les deux autres points n'est pas moins désastreuse pour la généralité essentielle du principe de l'arrêt Blanco ?

Pour nous en tenir à ces deux points : nature *du service* et *de la faute*, il nous semble ressortir de leur examen que, de ces deux motifs de l'arrêt *Dame Mélinette* « qui ne peuvent être invoqués dans l'affaire *Verbanck* », aucun n'était susceptible de faire sortir l'espèce *Dame Mélinette* du champ de l'arrêt *Blanco*. Autrement dit : l'arrêt *Dame Mélinette* a institué *la compétence judiciaire* dans une espèce ou la formule « *générale et absolue* » de l'arrêt *Blanco* commandait *nettement la compétence administrative*. On s'explique, dès lors, qu'en avançant, dans ses conclusions Verbanck, que la jurisprudence *Dame Debref, Provost, Vve Lemetti* — et, partant, *Blanco* — « a été confirmée par l'arrêt *Dame Mélinette* », M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat ait pris la précaution d'ajouter : « *d'une façon implicite* ». Confirmation tellement implicite, en effet, qu'elle nous est apparue comme une contradiction explicite. Contradiction de l'arrêt *Blanco :* non pas, nous le répétons, dans son principe, mais *dans l'essentielle généralité de ce principe.*

« Il est peu de décisions du Tribunal des Conflits, observe M. Marcel WALINE au début de sa note *Verbanck*, qui aient soulevé dans les milieux juridiques une émotion comparable à celle qu'a provoquée l'arrêt *Dame Mélinette* » (125).

Est-ce sous son propre émoi de cette « émotion » que le Tribunal des Conflits — *grâce, d'ailleurs, au si savant rétablissement, par les conclusions* Verbanck, *du pont coupé entre l'arrêt* Dame Mélinette *et l'arrêt* Blanco — a tenu à rassurer « les milieux juridiques » : non seulement en confirmant le conflit *Verbanck*, mais en proclamant, *en matière de Travaux publics, le texte même de*

(124) D'autant que, peu après, le décret-loi du 5 mai 1934 « portant extension des attributions juridictionnelles des Conseils de préfecture » allait venir ratifier législativement (en son article premier, § 1°) la solution jurisprudentielle de l'arrêt *Feutry* (J. Off. du 6 mai 1934 ; v. *infra*, p. 205). Sur ce point, v. *supra*, p. 186.

(125) Cf. *supra*, p. 175, n. 92).

l'arrêt Blanco, *au point d'en omettre le visa,* FIGURANT DANS L'ARRÊT DAME MÉLINETTE, *de l'art. 4 de la loi du 28 pluviose an VIII ?*

Abstraction faite de la contradiction entre les conclusions *Verbanck* et les conclusions *Dame Mélinette,* qui n'a peut-être été, dans la pensée de leur éminent auteur, qu'une concession diplomatique et révérentielle, il n'en demeure pas moins que l'*arrêt* Verbanck *n'a sauvé l'arrêt* Blanco *qu'en contredisant l'arrêt* Dame Mélinette *qui contredit l'arrêt Blanco* (126). *Sur la courbe de l'his-*

(126) La décision *Verbanck*, déclare péremptoirement M. Raphaël ALIBERT dans la note précitée qu'il lui consacre (S. 1934.III.33, § 1°) est « CONTRAIRE à celle du 11 juillet 1933 (*Dame Mélinette*) MALGRÉ L'ANALOGIE DES ESPÈCES ». Et le seul intérêt que nous ayons reconnu à l'arrêt *Mabille* précité (*supra*, p. 187, n. 115 et p. 191) est précisément de sceller — en dépit de la subtile parade des conclusions *Verbanck* — la contradiction entre l'arrêt *Verbank* et l'arrêt *Dame Mélinette.* Par contre, les savantes conclusions de M. le commissaire du gouvernement LATOURNERIE sur cette affaire MABILLE (R. Dr. Publ., p. 131 et s.) nous paraissent appeler quelques remarques.

I. — A l'égard du précédent gênant de l'arrêt *Dame Mélinette*, elles mettent en jeu (§ IV, p. 132) la même tactique de la « part du feu » que les conclusions *Verbanck.* Seulement, ici encore, chacun tire de son côté : alors que M. le commiss. du gouv. ROUCHON-MAZERAT sacrifie le caractère d'ordre public du service municipal de nettoiement de la voie publique et le fait personnel de l'agent « en dehors de l'exécution du travail public », M. le commiss. du gouv. LATOURNERIE explique l'arrêt *Dame Mélinette* par le caractère pénal du fait de l'agent, sans paraître s'apercevoir qu'il souligne ainsi la divergence entre l'arrêt *Dame Mélinette*, qu'il condamne d'ailleurs, et l'arrêt *Verbanck*, sur lequel nous ne nous expliquons pas son silence.

II. — Dans le dessein de défendre en l'espèce la compétence administrative — *salvanda Carthago* — M. le comm. du gouv. LATOURNERIE n'hésite pas (p. 133 et s.) à surcharger la distinction entre les services publics « d'ordre public » et les services publics « industriels » d'une sous-distinction entre les services « industriels » selon qu'ils le sont « partiellement » ou « véritablement ». (On n'a pas oublié — v. *supra*, p. 192 — la sous-distinction non moins singulière pratiquée par M. le commiss. du gouv. ROUCHON-MAZERAT à l'égard du fait personnel de l'agent). Or, si nous avons fait nôtres (*supra*, p. 190, 191) des réserves hautement autorisées contre une discrimination de la compétence selon le caractère « d'ordre public » ou « industriel » du service public, comment ne souscririons-nous pas à ce jugement de M. Raphaël ALIBERT dans sa note *Verbanck-Mabille* précitée (S. 1934.III.33, § 2) sur la différenciation du service public « *industriel* » lui-même : « Les amateurs d'obscurité donneront peut-être à ce propos des explications byzantines et tout à fait incompréhensibles sur le critérium du service *industriel ou partiellement industriel...* » ?

III. — Les conclusions *Mabille* apportent, à la distinction entre les demandeurs en responsabilité contre l'Etat selon qu'ils sont lésés comme « usagers » des services publics ou comme « tiers » (§ X, p. 136), une consécration dont nous ne saurions manquer de prendre acte. Par contre, il nous est difficile de suivre l'éminent magistrat dans la projection qu'il fait de cette distinction sur le plan de la compétence, *en rejetant, à l'égard des « tiers », la compétence judiciaire qu'il inclinerait à accepter pour les « usagers ».* Alors que la compétence administrative ne serait pas réclamée pour le jugement de la responsabilité (*obligationnelle*) à l'égard des « usagers », jugement comportant une pénétration dans le fonctionnement du service et même — voir l'arrêt *Grimaud* précité et les conclusions RIVET

toire de la compétence administrative, l'arrêt Dame Mélinette *a été,* en langage mathématique, *un « point de rebroussement » — et l'arrêt* Verbanck *en a été un second.* De par la *manifestation* de l'arrêt *Verbanck* (car cette copie textuelle de l'arrêt *Blanco* sans la moindre référence à la loi de pluviôse apparaît comme une véritable manifestation) (127), l'arrêt *Blanco* est toujours debout — verbalement — mais *ce n'est plus lui.* La brisure est réparée — mais elle n'est *que réparée.* En langage médical, *c'est elle* qui, par l'arrêt *Verbanck,* est « *consolidée* » : nous croyons avoir établi que *ce n'est pas* l'arrêt *Blanco.*

SECTION II

L'ARRÊT *BLANCO* ET LA DOCTRINE

Au regard de l'arrêt *Blanco*, les auteurs — et cela seul suffirait à juger cette décision — se classent en quatre catégories, savoir :

1° Ceux qui approuvent *le motif :* inapplicabilité de l'article 1384 *en tant que motif,* et *le dispositif :* incompétence judiciaire ;

2° Ceux qui, tout en admettant — *en soi* — l'inapplicabilité de l'article 1384 la rejettent *en tant que motif* et admettent néanmoins — pour d'autres motifs — l'incompétence judiciaire ;

3° Ceux qui n'admettent *pas même en soi* l'inapplicabilité de l'article 1384, et qui tout en admettant comme les précédents l'incompétence judiciaire n'en jugent pas moins le motif de l'arrêt *Blanco* avec une sévérité... que nous n'aurons garde d'oublier ;

4° Ceux qui, si l'on nous permet cette expression imagée, jettent *le motif et le dispositif* de l'arrêt *Blanco*... dans le même sac... et le sac à la mer.

(*supra*, p. 72, n. 187) — *une appréciation de l'activité administrative,* comment pourrait-elle l'être pour le jugement de la responsabilité (délictuelle) à l'égard des « tiers », jugement ne comportant normalement (v. *supra*, p. 60 et s. ; *infra*, p. 322, n. 166) aucun regard du juge à l'intérieur du service ? Nouveau « manoir à l'envers »..

IV. — Signalons, enfin, que, selon la théorie actuelle, fondée sur le postulat du « libéralisme » de la jurisprudence administrative, les conclusions *Mabille* ne manquent pas (§ X, p. 137) de présenter la compétence administrative — *revendiquée par l'administration* — comme conforme, à la fois, à l'intérêt du service administratif et à celui de ses victimes : proposition dont nous réservons l'examen (v. *infra*, p. 364 et s.).

(127) Dans son arrêt *Chalandre* (*supra*, n. 50 de la p. 127), le premier Tribunal des Conflits exploitait l'art. 1384 et l'art. 4 de la loi du 28 pluv. an VIII : dans son arrêt *Verbanck*, le second Tribunal des Conflits les disqualifie l'un et l'autre !

Passons donc successivement en revue ces quatre attitudes dont la diversité apparaît déjà par elle-même, nous ne saurions trop le répéter, comme singulièrement significative — et décisive.

§ I. — L'adhésion au motif en tant que tel et au dispositif

I. — Laferrière. — Dans son *Traité* (2e éd., 1896, t. I, p. 677 à 680), Laferrière défend le motif et le dispositif de l'arrêt Blanco avec une abondance d'arguments n'ayant d'égale, nous le verrons, que leur fragilité (cf. *infra*, p. 224 et s.).

Seulement — il y a un seulement — *Laferrière conteste l'opportunité — et même la réalité — de l'abandon de la règle « de l'Etat débiteur »* (128).

Ainsi, apparue en 1835, disparue en 1850, reparue en 1855, redisparue en 1873, cette règle ressuscite — encore — avec Laferrière pour retomber — encore — après lui dans le néant... jusqu'à l'arrêt de conflit précité du 20 mai 1882 *de Divonne* (129). Et voilà un des fondements historiques de la thèse administrative. Et voilà l'accord de ses défenseurs.

II. — Maurice Hauriou. — Dans sa 11e et dernière édition du *Précis* (1927, p. 311), M. Hauriou maintient son adhésion intégrale antérieure (130) au motif et au dispositif.

III. — Félix Moreau. — M. F. Moreau adhère au motif comme au disposif de l'arrêt Blanco (131). Mais, d'une part, c'est plutôt l'adhésion au fait accompli qu'à sa légitimité. D'autre part, nous ne pouvons pas ne pas citer cette phrase :

> « Le Tribunal des Conflits *bien qu'il n'ait eu à résoudre expressément que la question de compétence* a donné raison, au fond, au Conseil d'Etat. Il a même adopté ses formules. »

Nous n'avons pas dit autre chose (132)... et cela suffirait, nous le répétons (v. *supra*, p. 147), pour nous dispenser de pousser plus avant la critique de l'arrêt *Blanco*.

(128) *Traité*, I, p. 434 et s.
(129) Cf. *supra*, note 44 de la p. 125.
(130) Réserve faite, au moins, de la 1re édition, cf. *supra*, p. 150 et *infra*, p. 203-IV.
(131) *Droit adm.*, 1909, n° 457, p. 647.
(132) V. *supra*, p. 146.

IV. — M. P. Dareste :

« La compétence administrative se justifie par la nature même de l'action qui, par cela seul qu'elle tend à faire supporter par le trésor public les conséquences pécuniaires d'actes dont l'administration assume la responsabilité entière et souvent exclusive, et dont l'appréciation suit des règles particulières différentes de celles du droit civil, produit, sinon en droit au moins en fait, des résultats très voisins de ceux du recours direct » (133).

V. — M. J. Appleton. — M. J. Appleton a toujours pris intégralement fait et cause pour l'arrêt *Blanco*. Le savant professeur a, nous l'avons vu, proclamé sa foi en le motif comme en le dispositif de cette décision, particulièrement dans le plaidoyer attristé de ses importantes Notes précitées sous les arrêts *Bouchet* et *Motsch* (134) puis dans son *Traité du Contentieux administratif* (1927, n^os^ 140 à 142, p. 262 et s.).

VI. — VII. — VIII. — MM. R. Bonnard, P. Duez, L. Rolland. — Tout en s'associant à l'ostracisme *du droit civil* en matière de responsabilité civile de l'Etat, MM. Bonnard, Duez et Rolland (135) fondent l'ostracisme *du juge civil* sur une nouvelle conception de la « séparation des pouvoirs », envisagée, non plus, selon sa raison d'être constitutionnelle, comme une garantie politique de l'indépendance administrative, mais comme une simple mesure d'ordre technique, motivée par la prétendue inaptitude professionnelle des magistrats judiciaires (136) à saisir et à appliquer les théories « spéciales autonomes » du droit administratif, point que nous avons déjà effleuré, et sur lequel nous nous proposons de revenir (137).

§ II. — Rejet du motif en tant que tel avec adhésion au dispositif

Il s'agit maintenant des auteurs qui admettent bien l'inapplicabilité de l'article 1384 à l'Etat, mais qui dénient à ce postulat toute valeur de motif pour le dispositif de l'arrêt *Blanco* : incompétence de l'autorité judiciaire.

(133) *Les voies de recours*, 1914, n° 167, p. 591.
(134) Cf. *supra*, p. 162, 164 et s.
(135) R. Bonnard, *Précis élém. de Dr. adm.*, 1926, p. 372; P. Duez, *R. P. P.*, p. 9-10; L. Rolland, *Précis de Dr. adm.*, 5^e^ éd., 1934, n° 60, p. 38-39.
(136) R. Bonnard, *op. cit.*, p. 79 et 111; P. Duez, *op. cit.*, p. 185-186; L. Rolland, *op. cit.*, n° 60, p. 39; n° 302, p. 214.
(137) Cf. *supra*, p. 196; *infra*, p. 334 et s.

I. — M. G. Teissier. — M. G. Teissier se prononce bien, avec l'arrêt *Blanco* et Laferrière, contre l'application de l'article 1384 à la responsabilité de l'Etat, mais, alors que, dans sa Note sous l'arrêt Cons. d'Et., 29 mai 1903, *Le Berre*, l'éminent commissaire du gouvernement en tire, avec l'arrêt *Blanco*, argument contre la compétence judiciaire, voici que, trois ans plus tard, dans son traité de la *Responsabilité de la Puissance publique*, M. G. Teissier, se désavouant — avec l'arrêt *Blanco* — abandonne ce motif en tant que tel. Inutile d'ajouter que la règle de « l'Etat débiteur » est traitée par lui sans l'ombre d'un ménagement (138).

Il ne s'attache pas davantage à l'argumentation de fond de David sur les dangers des « condamnations pécuniaires » prononcées par les tribunaux judiciaires. Quelle est donc son argumentation ? Celle du premier Tribunal des Conflits : interdiction aux tribunaux judiciaires « d'apprécier des actes administratifs » (*ibid.*, n° 55).

Le désaccord des violons pro-administratifs ne va pas en s'atténuant. Plus on s'entend sur ce qu'on veut, moins on s'entend sur les raisons de le vouloir, et l'on nous accordera — une fois de plus — qu'il n'en faudrait pas davantage pour juger un système aussi contradictoirement défendu... Et ce n'est pas tout.

II. — Marcel Moye (139) :

« L'application des règles du droit civil peut parfaitement être poursuivie devant les tribunaux administratifs... Réciproquement, les tribunaux civils sont certainement qualifiés pour appliquer des règles strictement administratives... » (139).

§ III. — Rejet absolu du motif en soi avec adhésion au dispositif

I. — Léon Michoud :

« C'est principalement, écrivait Michoud (140), dans le but de soustraire les actions en responsabilité contre l'Etat à la connaissance des tribunaux judiciaires qu'on a cherché à démontrer qu'il devait être soustrait au droit commun. Les deux questions n'ont pas entre elles l'étroite connexité qu'on a cru y apercevoir et, tout en repoussant l'opinion suivie en pratique sur le fondement de la responsabilité, on doit maintenir les solutions de la jurisprudence sur la compétence. »

(138) G. Teissier, *Resp. de la Puiss. pubi.*, nos 50, 52, 56. Il convient, toutefois, d'observer que, deux ans plus tard encore, par une nouvelle évolution, le savant auteur revenait, en 1908, dans ses conclusions *Feutry* (v. *supra*, p. 153-154) à sa position de 1903.

(139) *Jurispr. adm.*, R. Crit., 1907, p. 7.

(140) *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, I, n° 4, p. 406, et II, n° 34, p. 28. Adde : *Pers. mor.*, t. II, 1909, n° 298, p. 283 et 1932, p. 297.

Sans doute, Michoud — d'ailleurs beaucoup moins affirmatif en 1909 (141) qu'en 1895 (142) — invoque, en faveur de la compétence administrative l'argumentation proposée par David et une partie de la doctrine : crainte du « trouble », de « l'entrave », des « empiétements judiciaires », argumentation que la prudence du Tribunal des Conflits de 1873 n'a pas osé retenir ni soutenir dans l'affaire *Blanco*, et voilà bien le désaccord. Mais l'auteur ne se contente pas de renoncer à l'argument : inapplicabilité de l'article 1384. Il ne se contente pas de le répudier *en tant que motif* de l'incompétence judiciaire. Il le réprouve *en soi*, il le réfute, *il le réduit à néant* (143).

Réservant pour le Chapitre suivant le fond de cette discussion, nous nous bornerons à observer pour le moment que ce n'est pas seulement une erreur de fond que Michoud relève dans le motif de l'arrêt *Blanco*, mais aussi — et avant tout — comme M. Moreau, comme M. Fr. Gény (*infra*, p. 201), une illégalité formelle :

> « Le Tribunal des Conflits se prononce pour la compétence administrative *en alléguant* des motifs qui, à nos yeux, *dépassent singulièrement la question de compétence* » (144).

Voilà donc — et encore prononcée par un des maîtres les plus éminents du droit administratif — une déclaration d'inconstitutionnalité de l'arrêt *Blanco* (cf. *supra*, p. 147).

II. — Léon Duguit. — M. Duguit n'admet pas que la compétence administrative puisse être contestée en matière de responsabilité de l'Etat et il adhère effectivement sans discussion à la solution de l'arrêt *Blanco*. Mais — et sur ce point notre pleine adhésion est acquise au maître regretté — Léon Duguit s'est élevé en des termes admirables contre « l'opposition du droit public au droit privé » (145).

Cet argument, ce motif de l'arrêt *Blanco* rejeté, il reste, pour le savant auteur, trois raisons de l'incompétence judiciaire, savoir :

(141) *Pers. morale*, t. II, *ibid.* : « Nous comprenons qu'il peut être préférable de confier l'ensemble des difficultés relatives à la gestion publique aux tribunaux judiciaires. »

(142) *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, II, n° 34, p. 29.

(143) *Ibid.*, t. II, n° 30, p. 20 et s. Cf. *infra*, p. 228.

(144) *Ibid.*, t. II, n° 22, p. 6. Cf. *supra*, p. 147, n. 18.

(145) *Traité de Dr. const.*, 2e éd., t. I, p. 522 et s.

1° « L'ignorance et la pusillanimité des juges judiciaires n'ont d'égales que la haute indépendance, le savoir et la sérieuse impartialité des membres du Conseil d'Etat » (146).

2° « Seuls les tribunaux administratifs sont compétents pour statuer sur toutes les questions litigieuses s'élevant à l'occasion d'un service public » (147).

3° « Les Tribunaux civils « ne comprendraient que la responsabilité pour faute » et les membres du Tribunal « ont le sentiment que la responsabilité de l'Etat ne peut pas être une responsabilité du même ordre » (148).

Sur le premier argument, nous nous proposons de revenir (149).

Le second argument constitue une parfaite pétition de principe : c'est proprement ce qu'il s'agit de démontrer.

Quant au troisième argument, selon lequel le Tribunal des Conflits aurait tenu à réserver à la juridiction administrative les actions en responsabilité contre l'Etat pour en permettre le développement, il suffit, pour en apprécier le mérite, de remarquer :

— d'une part, que *la signification, s'il en a une, du dernier considérant de l'arrêt Blanco :* « nécessité de concilier... » *est manifestement restrictive de la responsabilité de l'Etat* (150) ;

— d'autre part, et en tout état de cause, que le principe de la responsabilité « objective » apparut sur le prétoire administratif vingt — et même trente — ans après son admission au prétoire judiciaire (151).

Par ailleurs, fût-il même contesté, ce point ne sera jamais aussi contestable que la préoccupation paradoxalement attribuée ici par Léon Duguit au Tribunal des Conflits de l'arrêt *Blanco*.

Enfin, après le loyal compte rendu de cette triple justification de l'arrêt Blanco, on ne saurait nous tenir rigueur de terminer sur cette appréciation, par M. Duguit, des considérants de cette décision qui lui est chère : « quelque vagues et *peu juridiques* que soient ces motifs... » (152).

III. — M. Fr. Gény. — La netteté avec laquelle l'éminent doyen et maître civiliste de Nancy se prononce pour la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat (153), suffirait, à elle seule pour honorer ce parti de la doctrine et sa haute conscience juridique.

(146) *Transformations du Dr. public*, 1913, p. 168. — Cf. *infra*, p. 341 et 343.
(147) *Traité de Dr. const.*, 3e éd., t. III, 1930, p. 50.
(148) *Transformations du Dr. publ.*, 1913, p. 172.
(149) V. *infra*, p. 341, 342, 347.
(150) V. *infra*, p. 222.
(151) Cf. *infra*, p. 370 et s.
(152) *Transformations du Droit public*, p. 172.
(153) *Des droits sur les lettres missives*, t. I, 1911, n° 46, p. 129 et 130.

Seulement... il y a encore un seulement... et même plusieurs. D'abord, M. Gény, avec autant de justice que de sévérité, condamne l'argument unique de l'arrêt *Blanco :* l'inapplicabilité de l'art. 1384 à l'Etat. Et, sur ce point, l'auteur complète heureusement la critique de M. Teissier qui voyait bien le Conseil d'Etat appliquant des dispositions du Code civil, mais qui passait sous silence la possibilité réciproque pour les tribunaux judiciaires de « juger », selon l'expression de M. Gény « d'après d'autres notions » (154).

Ensuite — et surtout — ce que condamne M. Gény, c'est, comme conséquence de l'observation qui précède, l'erreur d'avoir « trop souvent mêlé la difficulté de la compétence avec le fond même du problème ». Et l'auteur de souligner cette anomalie : « que, *sous le prétexte de trancher la question de compétence qu'on faisait dépendre de notre problème de fond*, le Tribunal des Conflits décida à partir de 1873 que... » (155).

Que pourrions-nous ajouter à un tel réquisitoire, aussi pertinent que mesuré, d'un aussi éminent défenseur de notre accusé : l'arrêt *Blanco ?*

Une décision juridictionnelle dont le motif est si formellement contesté, et par de telles autorités — Michoud et Gény : Droit public et Droit civil — n'est-ce pas, en effet, une construction dont la base est sapée ? On peut bien s'efforcer de la rétablir sur une autre base, on peut changer le motif de l'arrêt *Blanco*, mais alors même qu'on en pourrait maintenir le dispositif — et nous verrons que rien n'est plus douteux — il ne faut plus parler de l'arrêt *Blanco*.

§ IV. — Rejet intégral et radical de l'arrêt Blanco : Motif et dispositif

Alors que, par l'effet de cette même crainte révérentielle (156) qui a déterminé la soumission de la jurisprudence judiciaire, la doctrine civiliste a généralement suivi sa jurisprudence... *super flumina Babylonis*, il n'en est que plus significatif de relever, non seulement dans ce parti, mais aussi — et surtout — sous des signatures publicistes d'une haute autorité, une opposition difficilement négligeable.

(154) *Des droits sur les lettres missives*, t. I, 1911, n° 46, p. 128.
(155) *Ibid.*, n° 42, p. 105, et encore n° 46, p. 127.
(156) Cf. *supra*, p. 150.

I. — Laurent. — De tout le camp civiliste, l'adversaire manifestement le plus redouté de la thèse administrative est Laurent (157) qui a osé écrire :

« Il ne s'agit pas de savoir qui a causé le dommage qui a lésé le droit, mais s'il y a un droit lésé » (158).

Aussi peut-on lire sous la plume de Léon Michoud :

« Laurent a consacré à la responsabilité de l'Etat d'assez longs développements *qui sont loin du reste de constituer la meilleure partie* de ses Principes de Droit civil » (159).

Or, nous allons voir dans un instant (160) la conception de Laurent reprise par le maître du droit public H. Nézard.

II. — M. Paul Cuche. — Nous ne citerons que pour mémoire les appréciations exemptes d'indulgence formulées dans la fameuse séance du 24 mars 1906 de la Société générale des Prisons par des civilistes tels que M. Lacoin, M. Robert Picot et particulièrement M. Paul Cuche :

« Sous les dehors d'une encombrante vénération pour le principe de la séparation des pouvoirs, cette extension à outrance de la compétence administrative ne poursuit d'autre but que d'augmenter le nombre des procès où l'Etat peut jouer à la fois les rôles de juge et de partie, grâce à l'amovibilité des magistrats administratifs, amovibilité dont il n'existe pas de motifs avouables » (161).

Et nous passerons à un ouvrage dont la notoriété n'a peut-être pas égalé la qualité, mais dont on ne saurait croyons-nous faire abstraction.

III. — Jules Coumoul. — Dans son *Traité du Pouvoir judiciaire* (2e éd., 1911, p. 111 et s.), M. Coumoul développe une protestation aussi vigoureuse qu'attristée contre l'arrêt *Blanco :*

« Le dommage injuste constitue une sorte d'agression contre la personne... il y a en cela de la voie de fait, et le fait d'une personne dirigé contre le droit d'une autre a quelque chose de si particulièrement blessant... On conçoit donc que cette sorte d'affaires relève des tribunaux ordinaires, défenseurs naturels du droit individuel... »

Arrivons maintenant aux publicistes.

(157) *Principes de Droit civil*, tome XX, nos 418 et s., nos 590 et s.
(158) *Ibid.*, n° 434 *bis*.
(159) *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, t. I, p. 401.
(160) Cf. *infra*, p. 205 et note 169.
(161) Rev. Pénit., 1906, p. 505, 506. Nous-même n'irons point aussi loin : cf. *infra*, note 72 de la p. 289.

IV. — Maurice Hauriou. — Nous ne croyons pas manquer de déférence envers la mémoire vénérée du Maître de Toulouse en rappelant une de ses premières et plus belles pages :

« La jurisprudence se fonde non pas sur le texte de l'art. 1384 du C. civ., mais sur le principe de justice qui l'a inspiré... Ce fondement plus vague permet d'écarter la compétence judiciaire... *toutes ces théories admises gravement sont regrettables.* Elles révèlent cette idée que les affaires de l'Etat ne peuvent pas être menées aussi sérieusement que celles d'une entreprise privée... Ce qui est fâcheux, c'est de voir la Cour de Cassation, qui devrait être gardienne des droits individuels, s'y rallier après avoir autrefois résisté. »

Tel est le jugement formulé dans la première et même dans la deuxième édition du Précis (162).

V. — M. Achille Mestre. — Le savant professeur nous pardonnera lui aussi de l'opposer à lui-même et de nous réclamer de sa thèse magistrale sur la règle « de l'Etat débiteur » (Paris, 1899), où l'on pouvait lire p. 117 :

« L'union s'est faite... entre les jurisprudences civile et administrative : la Cour de Cassation, dès qu'on ne lui a plus opposé la règle de « l'Etat débiteur », s'est montrée très conciliante, *trop conciliante selon nous,* en reconnaissant la compétence administrative relativement aux actions en indemnité lorsqu'elles sont dirigées contre l'Etat à raison d'un préjudice imputé au fait des agents employés dans un service public » (passage précité *supra,* p. 151).

VI. — M. René Jacquelin. — Dès la fin du siècle dernier, le nom du professeur Jacquelin venait s'inscrire près de celui du professeur Hauriou contre l'arrêt *Blanco* dans ces *Principes dominants du contentieux administratif*... qui, paraît-il, ont « vieilli » (163) — mais dont l'auteur, du moins, est resté fidèle à sa jeunesse.

« Pourquoi, lit-on par exemple dans le cours professé en 1922-1923 (164), pourquoi, en 1873, dans la décision *Blanco*, le Tribunal des Conflits a-t-il décidé que la responsabilité de l'Etat n'était ni générale ni absolue... *sinon pour satisfaire à la préoccupation de soustraire à la justice ordinaire toute une masse de litiges fâcheux pour l'administration ?* »

On reconnaît l'observation de M. Hauriou citée il y a un instant (IV) à savoir que, pour les besoins de la cause : compétence, le Tribunal des Conflits a imaginé après — et d'après — le Conseil d'Etat du second Empire, un postulat de fond. Et nous répéterons que ce postulat de fond, recevable du Conseil d'Etat, était

(162) *Précis de Dr. adm.*, 1re éd., 1892, p. 69, et 2e éd., 1895, p. 695. Cf. *supra*, p. 150.
(163) Léon Duguit, *Traité*, III, p. 57.
(164) Publication : *Les Cours de Droit*, p. 221.

parfaitement inconstitutionnel sous la plume de ce juge de la compétence : le Tribunal des Conflits (*supra*, p. 147).

VII. — M. H. Berthélemy. — Pas plus que son collègue de Paris, M. H. Berthélemy n'a jamais transigé sur la condamnation portée par lui, dès le principe, contre l'arrêt *Blanco*.

Dans la première édition de son Traité élémentaire de Droit administratif (1931, p. 488), M. H. Berthélemy, avec autant de justesse que de courage, proclamait la vérité logique aperçue par Laferrière (cf. *supra*, p. 196) :

> « La vérité, c'est qu'on n'aurait pu sauver ici la compétence administrative qu'en continuant à invoquer le principe d'après lequel l'Etat ne peut être déclaré débiteur que par l'administration ; on ne l'a plus voulu faire : *alors il fallait tout simplement déclarer la juridiction judiciaire compétente.* »

Traitant, devant la Société Générale des Prisons, de la « responsabilité des magistrats et fonctionnaires », il n'a pas craint, mettant en cause la décision *Blanco* que M. Robert Picot avait jugée « quelque peu *confondante* », de déclarer : « elle est même monstrueuse » (165). Et au cours de la série des éditions suivantes (166), le savant professeur n'a cessé de dénoncer l'atteinte flagrante à la logique juridique que constitue « cette malheureuse affaire » (167).

VIII. — M. H. Nézard. — Si, dans le dernier état de son enseignement, M. H. Nézard, l'éminent doyen de la Faculté de Caen, semble avoir renoncé à la discussion de la doctrine régnante (168), il n'est peut-être pas d'auteur qui ait porté à celle-ci des coups mieux placés et plus décisifs.

Ce fut, d'abord, dans la célèbre thèse : *Théorie juridique de la fonction publique*, Paris, 1901, p. 679 et s., 715 et 716, une réfutation péremptoire de l'argumentation David et Laferrière.

Puis, dans un article — trop oublié — de la Revue générale d'administration de 1904, t. III, p. 144 et s., intitulé : *La situation juridique des* employés *de l'Etat, des départements et des communes*, était déclanchée une nouvelle offensive, et c'est en plein cœur

(165) Rev. Pénit., 1906, p. 514 et s. — Cf. *supra*, p. 141.

(166) Notamment : 11e éd., 1926, p. 100 et 101.

(167) Rev. Pénit., 1906, p. 514 et s. A la vérité, nous reconnaîtrons (v. *infra*, p. 345) l'apparition, dans la 13e édition (1933, note 1 de la p. 101), d'une distinction — qu'il nous sera difficile de suivre — entre la valeur logique de l'arrêt *Blanco* et la valeur pratique de sa conséquence : le régime de la compétence administrative.

(168) Cf. *Eléments de Droit public*, 5e éd., 1931, p. 409 et 445.

que la thèse *Blanco* était touchée par cette simple — et très grave — remarque :

« LE FAIT DE DÉCLARER UN ACTE PRÉJUDICIABLE ET DE DÉTERMINER L'ÉTENDUE DU PRÉJUDICE CAUSÉ (169) NE CONSTITUE PAS UN EXAMEN DE LA QUALITÉ EN LAQUELLE A AGI L'AUTEUR DE L'ACTE ET DES RÈGLEMENTS PARTICULIERS QU'IL DOIT OBSERVER (p. 165). »

A tel point, observe encore M. Nézard, que, dans les art. 15 et 16 de la loi du 9 avril 1898 :

« On n'a pas osé, pour se soustraire à la compétence judiciaire, invoquer la compétence de la liquidation des dettes de l'Etat et celle de la gestion des services publics (p. 166). »

Et cette observation nous amène précisément à l'examen de la dernière source du droit : la Loi... la dernière, effectivement, dans l'échelle des valeurs d'un Droit qui revendique et s'honore d'être « fait par le juge ».

SECTION III

L'ARRET *BLANCO* ET LA LOI

Contrairement à l'opinion accréditée, la fortune doctrinale de l'arrêt *Blanco* n'a pas été, nous venons de le voir, précisément brillante. Sa fortune — ou plus exactement son infortune — législative a été proprement catastrophique. Sauf la loi du 29 décembre 1892 sur les occupations temporaires pour les travaux publics, simple annexe de la loi du 28 pluviôse an VIII et qui, sous peine d'en renverser le principe, ne pouvait que consacrer la compétence des Conseils de préfecture — sauf, encore, l'article 21 de la loi du 21 juillet 1881 sur la police sanitaire des animaux portant compétence administrative pour l'allocation des indemnités aux propriétaires d'animaux abattus, et constituant, nous l'avouons, un succès administratif — sauf, encore, le décret-loi précité (*supra*, p. 193. n. 124) du 5 mai 1931, portant (en son article premier, § 1°) (170)

(169) On reconnaît, sous une autre formule, le principe posé par LAURENT (cf. *supra*, p. 202 et n. 160).

(170) « *En outre des litiges dont la connaissance leur a été attribuée par les lois en vigueur, les Conseils de Préfecture connaissent, en premier ressort et sauf recours au Conseil d'Etat :*
1° Des actions dirigées contre les départements, les communes et les établissements publics autres que les établissements nationaux en réparation des dommages imputés à leurs services publics ; 2°... »

ratification partielle (171) de l'arrêt *Feutry* — sauf, enfin, ce que nous dirons (*infra*, p. 211, n. 188 et p. 416 et s.) de la loi du 20 avril 1932 sur l'extension du rôle du Tribunal des Conflits — il n'est, à notre connaissance, depuis 1873, en matière de responsabilité de l'Etat, que des interventions législatives allant contre le prétendu principe de la compétence administrative.

Réservant pour la suite de nos développements (cf. p. 400 et s.) l'exploitation de ces textes, nous nous bornerons ici à une simple présentation en quelques mots pour chacun.

I. — Loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions.

Quatre ans après que l'arrêt *Blanco*, faisant bon marché, notamment, du régime judiciaire de l'expropriation, proclamait la nécessité de la compétence administrative au nom de la « nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés », le législateur donnait, comme pendant à la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation, la loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions.

II. — Loi du 20 juillet 1892, art. 21, sur les envois postaux contre remboursement.

III. — Loi du 8 juin 1895 sur les erreurs judiciaires.

L'on nous observera — et c'est entendu — qu'il s'agit là d'une matière judiciaire, mais que devient « la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés » ? Et, si elle subsiste, que devient l'argument *Blanco* ?

IV. — Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

Voilà une loi qui introduit l'autorité judiciaire comme arbitre entre l'Etat et une catégorie de ses agents... précisément la catégorie à laquelle appartenaient vraisemblablement les manœuvres ayant lancé le wagonnet sur la jeune *Agnès Blanco*, et le conducteur du tombereau venu heurter la *dame Mélinette* (172). Voilà donc

(171) Dans la mesure, éminemment discutable à nos yeux, où un décret — voire un décret-loi — œuvre du *gouvernement*, peut être tenu comme une œuvre réellement *législative* en une *telle matière*, où le gouvernement — dont, selon la juste formule de M. Louis Trotabas (v. *infra*, p. 283, n. 41) l'administration n'est que le « prolongement » — est, à la fois, *législateur et partie*.

(172) Dans un arrêt du 19 juill. 1929, rapporté dans le journal « *Le Temps* » du 20, la Cour de Cassation (Req.) a jugé que le litige relatif à un accident (projection de mâchefer dans l'œil) survenu à un cantonnier de la ville de Paris, *employé au service d'enlèvement des ordures sur la voie publique*, relève de la compétence judiciaire : qui peut reprocher a l'arrêt *Dame Mélinette* d'avoir décidé de même a l'égard d'un tiers, étranger au service ?

admise, pour un litige administratif *interne*, la compétence judiciaire ombrageusement rejetée pour un litige *externe* (173). Et ce paradoxe s'aggrave de la signification, de la portée, données par le législateur à son œuvre :

« Une conséquence de cette disposition, déclarait le rapporteur RICARD, à la tribune du Sénat, sera de faire disparaître la compétence des tribunaux administratifs, compétence fort peu justifiée d'ailleurs en matière d'accidents survenus aux ouvriers (!) qui travaillent dans les manufactures de l'Etat et à ceux qui sont employés à l'exécution des travaux publics » (D. P. 1898.IV.59, col. 1, *in fine*) (174).

V. — LOI DU 20 JUIN 1899 SUR LA RESPONSABILITÉ DES INSTITUTEURS.

Après le service public de défense nationale (que nous allons d'ailleurs retrouver dans un instant avec la loi de 1901), après le service public de justice, voici le service public d'enseignement livré à l'intrusion — à la critique (175) — de la juridiction judiciaire.

« Il était évident, écrit M. TEISSIER (176) que, d'après les principes généraux de notre Droit public, c'était devant le Conseil d'Etat que l'Etat devait être poursuivi. Mais alors cette juridiction parut bien solennelle pour les petits accidents sans importance (?), bien lointaine et aussi trop coûteuse, et on décida de faire exception aux règles ordinaires de la compétence... »

Il n'y a que trois réponses très simples à cette explication salvatrice — et conjecturale. La première, c'est *qu'elle ne ressort pas des débats* et que, tout au contraire, ceux-ci font encore apparaître *une volonté législative très nette d'assurer une garantie aux victimes par la compétence judiciaire* (cf. *infra*, p. 414). La seconde, c'est que, en tout état de cause, les conseils de préfecture ont été institués précisément pour diminuer les distances, et qu'on s'évertue à nous justifier leur compétence en matière de travaux publics

(173) *Cf.* Trib. civ. Arras, 25 juin 1930, Dame *Pétenin*, Gaz. Pal., 1930.II. Somm., p. 66 ; Cons. d'Et., 5 août 1913, *Neveu;* et particulièrement Cons. d'Et., 31 janv. 1930, *Vve Dolé*, D. H. 1930, p. 167, avec la sérénité de cet aveu : « Considérant... que l'action en indemnité dirigée contre l'Etat patron de la victime ne pouvait être portée *nonobstant la circonstance que le dommage causé se rattacherait à l'exécution ou à l'entretien d'un ouvrage public* devant le conseil de préfecture ;... qu'en raison de la nature du *lien* contractuel *unissant* le sieur Dolé à l'administration le Conseil d'Etat est également incompétent... » — alors, ajouterons-nous, que, si *un tiers* avait été covictime du même accident c'est, en vertu de l'arrêt *Blanco*, à la juridiction administrative qu'il aurait dû s'adresser. D'où : non seulement dualité de procédure, mais doublement irrationnelle, en ce manoir à l'envers.

(174) Cf. *supra*, p. 205, l'observation, à ce sujet, de M. H. NÉZARD.

(175) Si l'on veut être édifié à ce sujet, qu'on se reporte, par exemple, aux motifs du jugement du Tribunal civil d'Hazebrouck du 22 juill. 1931, Gaz. Pal., 1931.II.682 et de l'arrêt Besançon, 7 déc. 1933, Gaz. Pal., 12 oct. 1934, p. 3.

(176) *Resp. Puiss. publ.*, n° 66.

par une double raison de proximité et d'économie (177). La troisième est que cette explication — comme la plupart de celles qu'on produit en faveur de la thèse — est si probante qu'elle prouve trop: un écolier tué, ou seulement rendu aveugle, par un de ses camarades, c'est plus « courant » c'est moins « important » qu'un pare-boue d'automobile écorné (178) !

VI. — Loi du 17 avril 1901 sur les exercices de tir.

Voici maintenant une loi qui se permet de dépouiller le Conseil d'Etat, non seulement comme la précédente, d'une simple expectative, mais d'une compétence acquise... par décision de sa propre autorité, naturellement.

« Les principes généraux (on sait ce qu'il faut entendre administrativement par cette expression) impliquant, en pareil cas, la compétence administrative, regrette encore M. G. Teissier, le Conseil d'Etat ne s'y était pas trompé : il s'était depuis longtemps reconnu compétent... (n° 67) ».

C'est donc le législateur de 1901 qui... s'est trompé... !

VII. — Loi du 21 mars 1905 sur les chemins de fer de l'État.

Voici encore une loi qui vient introduire la compétence judiciaire entre une administration de l'Etat et ses employés. Comment la marche des chemins de fer de l'Etat pourra-t-elle s'accommoder d'un tel « trouble » ?

VIII. — Loi du 22 juillet 1905, modifiée par la loi du 1er janvier 1926 et par le décret-loi du 5 novembre 1926 sur la compétence des juges de paix.

A) D'une part, cette loi a, dans son article 2, § 4, « élargi la brèche déjà faite dans la compétence administrative en matière postale par la loi du 4 juin 1859, article 3, alinéa 3, et la loi du 20 juillet 1892 article 2, alinéa 1er, phrase 2 » (179).

B) D'autre part, elle a « restitué aux tribunaux judiciaires la compétence en matière de colis postaux (art. 2, § 4) mettant ainsi

(177) Cf. par ex., le discours de M. Pierre Marraud à la séance du Sénat du 3 mars 1925, J. O., p. 231.

(178) « Petits accidents sans importance » :

« *Je sais que vous avez bien autre chose à faire*
« *Que de nous plaindre tous*
« *Et qu'un enfant qui meurt, désespoir de sa mère,*
« *Ne vous fait rien à vous.* »

Victor Hugo (*A Villequier*).

(179) Cf. Georges Teissier, *Resp. P. publ.*, 1906, n° 76 et Fr. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, t. I, 1911, n° 46, p. 133.

fin, veut bien reconnaître M. G. Teissier (n° 77), à une extension de compétence (du Conseil d'Etat) que les principes (encore !) n'imposaient pas ».

Ainsi, de l'aveu même d'un des plus dévoués défenseurs de la thèse administrative, voilà dénoncée une « extension de compétence » administrative contraire « aux principes » (180).

IX. — Loi du 6 aout 1905, art. 22, sur les contributions directes.

X et XI. — Loi du 15 juin 1906 et Loi du 16 octobre 1919 sur les distributions d'énergie.

Ces deux lois présentent ceci de remarquable — et de grave pour le système administratif — qu'après la loi du 20 juillet 1877, qu'après la loi du 17 avril 1901 précitées, elles font table rase de la distinction si exploitée par la thèse administrative « entre les simples dommages et l'expropriation proprement dite » (181). Comment justifier maintenant le caractère prétendu intangible de la compétence des conseils de préfecture pour les dommages — au moins les dommages permanents — résultant des travaux publics ?

XII. — Loi du 16 avril 1914 sur les troubles des commmunes.

Ici, la mesure est comble et la doctrine pro-administrative ne peut taire son indignation.

« La compétence des tribunaux *ordinaires* (retenons encore bien cette épithète) (182) pour connaître des actions en indemnité à raison des dommages causés par des attroupements séditieux est, il faut bien le reconnaître absolument anormale, proteste M. Teissier *puisqu'elle attribue à des juges civils, au mépris des règles de notre droit public, le pouvoir d'apprécier des actes d'administration,* des mesures de police, des omissions et des négligences imputables à l'autorité municipale (et même à l'Etat) dans l'exercice de ses fonctions de puissance publique (et même en des contestations entre la commune et l'Etat !) Aussi ne faut-il point s'étonner (nous nous en gardons bien) que la plupart des auteurs aient critiqué à ce point de vue les dispositions des art. 106 et s. de la loi du 5 avril 1884 (Loi du 16 avril 1914) » (n° 103) (183).

(180) Peut-on, dès lors, se défendre de quelque surprise lorsque, sous la plume judiciaire, on lit que la compétence est ici « donnée à titre exceptionnel » (Trib. civ. Seine, 19 janv. 1931, *Majano*, D. H. 1931, p. 173) ?

(181) Dispositions soulignées par M. J. Appleton, *Traité*, 1927, n° 88, p. 169 et n° 89, p. 171. — A ce sujet, v. *infra*, notre observation sur l'arrêt *Thomassin* (n. 2 de la p. 400).

(182) Cf. *infra*, p. 407.

(183) Mêmes doléances chez Laferrière (t. I, p. 688) au sujet des conséquences de l'article 106 et l'on ne saurait mieux les apprécier qu'à la lumière des magistrales conclusions de M. le procureur général Matter sur lesquelles a été rendu l'arrêt : Civ., 10 janv. 1933, *Bailly-Maître* c. *Commune de Villefranche-sur-Saône* et *Etat*, Gaz. Pal., 1933.I.561. — Par ailleurs, il a été jugé (Trib. civ. Seine, 21 janv. 1931, *Vve Auger c. Ville de Paris*, Gaz. Pal., 1931.I.183) « qu'il importe

C'est donc encore ici la loi qui a tort. Malheureusement, c'est toujours la loi.

XIII. — Loi du 7 février 1933, Art. 2 et Art. 7.

C'est l'extension, à tous les cas de prise à partie, de la compétence judiciaire, instituée par la loi du 8 juin 1895 pour le seul cas de révision, en ce qui concerne la responsabilité « civile » de l'Etat, avec interdiction absolue du conflit qui, en cette matière, « ne peut jamais être soulevé »... Pourquoi donc ?...

XIV. — Proposition de loi déposée a la séance de la Chambre du 25 février 1933 par M. Louis Marin, député.

Bien qu'il ne s'agisse que d'une proposition de loi, le caractère en est assez net et assez significatif pour en justifier ici la citation. Cette proposition est ainsi conçue :

« Les citoyens, contribuables et tous usagers d'un service public, lorsqu'ils auront supporté un préjudice par le fait d'un fonctionnaire ou agent de ces services pourront engager une action personnelle contre l'auteur du dommage et solidairement contre l'Etat ou les collectivités publiques responsables de la marche de leurs services.

Dans le délai d'un mois à dater de la promulgation de la présente loi, le gouvernement déposera un projet réglant l'exercice de cette action fondée sur l'article 1382 du Code civil et poursuivie, selon la procédure ordinaire, devant les tribunaux civils.

Dans le délai de trois mois à dater du même jour, le gouvernement déposera le statut fixant : d'une part, les rapports de l'Etat et de ses fonctionnaires ou agents, et, d'autre part, les rapports de l'Etat et de ses propres agents avec les usagers des services publics. »

Que dire des lois du 17 avril 1919, du 24 juin 1919, du 3 mai 1921 ? Certes, elles instituent des juridictions — nominalement — administratives, puisque relevant — quant à la forme — du Con-

peu (pour l'application de la loi) que le fait dommageable soit l'œuvre des émeutiers *ou des représentants de la force publique employée contre eux* — que (spécialement dans cette seconde hypothèse), la question à résoudre consiste à rechercher si le geste meurtrier (d'un agent de police) doit être considéré comme une infraction individuelle ou si il est au contraire en corrélation avec les manifestations d'une foule en rébellion contre la loi et l'autorité — que la juridiction judiciaire, non compétente dans le premier cas, le devient dans le second ». De même, alors que le législateur défère aux tribunaux juridiques la garantie de sécurité contre l'émeute, la garantie de sécurité contre les feux d'artifice reste accrochée à la compétence administrative (Cons. d'Et., 26 nov. 1931, *Brisset*, Gaz. Pal., 1932.I. Somm., p. 15). Voilà les subtilités, non seulement byzantines — ce qui serait déjà condamnable — mais défiant toute *ratio legis* et même la raison tout court, ce qui est autrement plus grave, et qui suffirait — encore — à juger le régime et l'esprit de l'arrêt *Blanco* défendant pied à pied la compétence administrative contre les décisions du législateur, contre son dessein manifeste de pleine restitution à la compétence judiciaire.

seil d'Etat, mais quelle est la composition des juridictions de fond : commissions cantonales (184), tribunaux de dommages de guerre, cours régionales des pensions (185) ? Et ces institutions qui, d'ailleurs, constituent, non seulement ainsi quant à la compétence, un singulier accroc à la séparation des pouvoirs, mais aussi au fond une grave défaite pour la thèse administrative de l'irresponsabilité, doivent-elles effectivement être comptées comme des conquêtes pour la compétence administrative ? Cela semble au moins douteux (186).

CONCLUSION.

Treize lois — treize fois, le législateur a dit : « NON » à l'arrêt *Blanco*.

Ainsi s'expliquent cette conclusion un peu amère de M. G. Teisier :

« Pendant que toutes les juridictions consacraient *l'extension* (quel aveu !) de la compétence administrative, *le législateur tendait, au contraire, de plus en plus, à attribuer la compétence aux tribunaux judiciaires...* » (n° 76) :

et cette loyale constatation du regretté Léon Michoud :

« Depuis quelques années, le législateur est souvent intervenu en ces matières pour y introduire, CONTRAIREMENT AUX TENDANCES DE LA DOCTRINE DOMINANTE, *la compétence judiciaire*, en même temps que l'application parfois légèrement modifiée *des principes du droit privé et peut-être est-il permis de voir là un indice que* LA DOCTRINE TEND A S'ÉLOIGNER DU SENTIMENT GÉNÉRAL » (187) 188).

(184) Cf. H. BERTHÉLEMY, *Traité*, 11e éd., 1926, p. 462, n. 1. La prépondérance judiciaire y est écrasante.

(185) Cf. *ibid.*, p. 937. La prépondérance judiciaire y est encore sensible.

(186) Et encore ne devant ici que nous attacher... à la « fortune » de l'arrêt *Blanco*, n'avons-nous relevé que les textes *postérieurs* à cette décision. Pour un tableau complet de l'attitude du législateur à l'égard : non plus seulement de l'arrêt *Blanco* lui-même, mais de sa thèse, il eût convenu de relever : *non seulement l'histoire de la législation qui a contredit l'arrêt Blanco mais la préhistoire de celle qu'il a contredite...* On ne s'étonnera point que nous nous réservions d'y revenir (cf. *infra*, p. 400 et s.).

(187) *Traité de la pers. mor.*, t. II, 1932, n° 298, p. 298. A ces loyaux aveux, il convient d'ajouter celui-ci que nous retrouverons (*infra*, p. 367) de la 6e édition du *Précis* de Maurice Hauriou, p. 487 : Lorsque des textes législatifs interviennent, ILS ÉTABLISSENT PLUTÔT UNE RESPONSABILITÉ CIVILE AVEC COMPÉTENCE JUDICIAIRE. Sans doute pour cette considération *qu'il convient de rassurer complètement l'administré...* »

(188) Il est, cependant, une loi récente qui, sans incliner *apparemment* vers l'une ni l'autre des deux compétences, puisqu'elle dessaisit l'une et l'autre juridictions au profit du Tribunal des Conflits, n'en constitue pas moins, de la part du législateur et à son propre insu, un sauvetage indirect du régime de l'arrêt *Blanco*. C'est la loi du 20 avril 1932, à laquelle sera consacré l'Appendice final de cette étude (*infra*, p. 416 et s.).

Mais encore, n'avons-nous pas vu la presque unanimité des auteurs désavouer le motif de l'arrêt *Blanco* et des maîtres, parmi les plus éminents, en dénoncer les vices juridiques, l'inconstitutionnalité même ? N'avons-nous pas, contre la décision elle-même, enregistré, de la part des sommités de la doctrine administrative, les plus sévères condamnations ?

Voilà donc l'arrêt *Blanco* tenu en échec par la jurisprudence (v. *supra*, p. 162 et s.). Le voilà plus réprouvé qu'approuvé par la doctrine (v. *supra*, p. 198 et s.), Le voici catégoriquement désavoué par la loi, renié par le « sentiment général »... Les positions ainsi marquées, notre tour est venu d'entrer dans l'arène : de quel côté nous apparaîtra la raison juridique ?

En un mot, *la thèse* de l'arrêt *Blanco* vaut-elle mieux que *la fortune* de l'arrêt *Blanco ?* C'est ce qu'il nous incombe maintenant de rechercher.

TITRE III

LA THÈSE DE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE

La thèse et sa diversité
Objet et division du présent Titre

Si « ondoyante et diverse » se révèle la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat que, *pour la réfuter* — et c'est là, certes, son habileté, mais, surtout, sa condamnation — *le plus difficile est de la saisir*.

Les deux Titres précédents, et spécialement l'analyse de l'arrêt *Rothschild* (*supra*, p. 112-124), celle des conclusions David (*supra*, p. 139 et s.), ainsi que la critique formelle de l'arrêt Blanco (*supra*, p. 142 et s.), nous ont, en effet, appris que, non seulement cette thèse exploite diversement — mais qu'elle déborde même — *le principe de la « séparation des pouvoirs », auquel est précisément étrangère l'argumentation* — d'ailleurs assez sommaire — *de l'arrêt Blanco* (*supra*, p. 143, 145) : inapplicabilité du droit civil à la responsabilité civile de l'Etat (1). De plus, au cours de notre critique formelle de l'arrêt *Blanco* (*supra*, p. 145 et n. 14), comme de sa « fortune » doctrinale (*supra*, p. 197 et s.), nous avons été amené à noter que la « séparation des pouvoirs » se présentait, elle-même,

(1) C'est en l'arrêt *Feutry* que nous avons reconnu (*supra*, p. 153 et s.) la véritable application du principe de la séparation des pouvoirs.

actuellement, sous un double visage, ce qui ajoute une quatrième branche à la triple argumentation, telle que nous l'avons précédemment dégagée (*supra*, p. 139 et s.), en faveur de la thèse de l'arrêt *Blanco*.

Ainsi, la thèse *proprement dite* de l'arrêt *Blanco* ne représente que *l'une des quatre branches* de la thèse *intégrale* de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat. De ces quatre branches, l'examen formera, en quatre chapitres correspondants, l'objet du présent titre, et dans l'ordre suivant :

1re Branche. — *L'argument indirect de fond : inapplicabilité du droit civil à la responsabilité civile de l'Etat* (Arrêt *Blanco*).

2e Branche. — *L'argument direct de compétence : sauvegarde de l'autonomie administrative au nom du principe de la « séparation des pouvoirs »* (Arrêt *Feutry*).

3e Branche. — *L'argument mixte : transposition de la « séparation des pouvoirs »* de *l'ordre politique dans l'ordre technique*, procédant de la double considération du droit et du juge, et que nous appellerons : « *Le néo-séparatisme.* »

4e Branche. — *L'argument* a contrario *qui, à la faveur du postulat : caractère « de droit commun » de la juridiction administrative, exploite dans le sens de la compétence administrative la multiplicité des textes législatifs édictés dans le sens de la compétence judiciaire* (2).

(2) *Quid* de la règle de « l'Etat débiteur » ? A ce sujet, il importe de s'entendre. S'agit-il de la règle de « l'Etat débiteur » *de toute espèce de dette* (v. *supra*, p. 139), fondée sur les « lois de liquidation ». Elle a été solennellement et définitivement désavouée dans les conclusions *Blanco* du comm. du gouv. David. S'agit-il de la même règle générale fondée — comme elle l'a été concurremment (v. *supra*, n. 44 de la p. 124) et jusqu'à l'arrêt *de Divonne* (Trib. Confl., 20 mai 1882) — sur les lois de la « séparation des pouvoirs » ? Son examen se confond avec celui de cet argument, qui doit faire l'objet de notre Chapitre II. Enfin, selon notre précédente observation (*supra*, *ibid.*), qu'est-ce que la revendication de la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat — *quelle qu'en soit l'argumentation* — sinon la prétention d'une règle de « l'Etat débiteur » *de cette dette particulière* : la responsabilité au titre de l'activité de ses agents administratifs : v. *infra*, n. 245 de la p. 416 ?

CHAPITRE PREMIER

1re BRANCHE. — L'ARGUMENT INDIRECT DE FOND : INAPPLICABILITÉ DU DROIT CIVIL DE LA RESPONSABILITÉ A LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE

Objet et division du présent Chapitre

Alors que nous avons reconnu (*supra*, p. 145) que *l'inapplicabilité du droit civil* ne saurait être *a priori* considérée comme entraînant *par elle-même l'inacceptabilité du juge civil*, nous pourrions nous dispenser de traiter ici cette question de fond dont l'influence sur la question de compétence n'est pas établie.

Cependant, pour ne laisser « rien derrière nous » — et ne serait-ce que pour le principe — il ne nous paraît pas inutile d'examiner ici l'argumentation traditionnellement déployée pour cette récusation du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Etat. Cette argumentation visant uniquement la série des articles 1382 et suivants et tout particulièrement l'article 1384, nous nous proposons d'établir ici :

1° Que les raisons *classiques* de l'exclusion des articles 1384 et suivants, en tant que rejetant ces dispositions *hors de* la matière : responsabilité civile de l'Etat, sont inopérantes ;

2° Que, si à la vérité — *mais pour une tout autre raison* — les articles 1384 et suivants ne sont pas proprement *le siège* de la dite matière, celle-ci *n'en relève pas moins* du droit civil de la responsabilité.

Puis, passant à l'offensive et élargissant le débat sur le terrain ainsi déblayé de cette objection localisée, nous nous attacherons à établir qu'en cette matière de responsabilité civile, l'application du

droit civil à l'Etat, qui ne saurait être écartée *a contrario*, n'est pas seulement possible *a pari*, mais nécessaire *a fortiori*.

D'où la division du présent Chapitre en trois Sections respectivement consacrées à ces trois objets.

SECTION I

LES RAISONS CLASSIQUES DE L'EXCLUSION DES ARTICLES 1384 ET SUIVANTS HORS DE LA MATIERE : RESPONSABILITE CIVILE DE L'ETAT

Pour l'examen de ces raisons nous ne saurions suivre un meilleur guide que M. Paul Duez dans sa propre « critique de l'appel aux idées civilistes » (3). Avec le savant auteur, nous nous placerons, en deux paragraphes successifs, d'abord au point de vue *pratique*, puis au point de vue *juridique*. Dans un troisième paragraphe, nous reprendrons notre liberté pour relever, dans ce que l'on nous permettra d'appeler : le parti administratif, lui-même, quelques désaveux décisifs de la thèse que nous combattons.

§ I. — Le point de vue pratique

Alors que l'une des objections générales et foncières contre l'admission du droit — et du juge — civils en matière de responsabilité civile de l'Etat consiste, comme nous l'avons déjà indiqué (*supra*, p. 124), en l'invocation de *l'intérêt de l'Etat*, spécialement de son intérêt financier, il se trouve qu'un des griefs formulés par le même parti spécialement contre l'application des articles 1384 et suivants, c'est qu'elle est défavorable à *l'intérêt des particuliers*. La seule coexistence de ces deux raisons contradictoires suffirait à juger leurs mérites respectifs. Nous les examinerons cependant, l'une et l'autre, mais en réservant, pour le Chapitre suivant (*infra*, p. 300), la question de l'intérêt prétendu de l'Etat qui déborde, nous le répétons, celle de l'exclusion des articles 1384 et suivants.

En ce qui concerne, donc, la victime du préjudice, l'application de l'article 1384 présenterait cet inconvénient qu'elle la laisserait sans recours « *toutes les fois qu'elle ne peut pas établir la faute d'un agent déterminé* ». Telle est la proposition formulée par M. Paul

(3) *R. P. P.*, p. 9 et s.

Duez (4) et reproduite par M. Jean Appleton (5). Déjà, dans sa note sous l'arrêt *Feutry*, Maurice Hauriou lui-même observait :

« Nous ne sommes plus dans l'hypothèse de l'article 1384 C. civ. et de la responsabilité du commettant qui suppose le préposé nominativement connu et poursuivi » (6).

Il semble difficile qu'à la plume de maîtres plus éminents puisse échapper plus grave méprise : en aucune manière, le succès de l'action contre le commettant au titre de l'article 1384 ne saurait être subordonné à l'établissement de l'identité du préposé. C'est ce qu'observe très justement Léon Michoud lui-même :

« La responsabilité du commettant dans l'article 1384, bien que qualifiée d'indirecte, n'a rien de subsidiaire ; l'action peut être intentée DIRECTEMENT contre lui sans qu'on soit obligé de mettre en cause le préposé ni de prouver son insolvabilité » (7).

Dans la très remarquable thèse de M. Louis Mondet : *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui* (Bordeaux, 1897), ce principe du caractère PRINCIPAL de l'action contre le civilement responsable du fait d'autrui est formulé à plusieurs reprises (8). Bien mieux, l'auteur observe (p. 46) que *la possibilité du recours n'est pas une condition de la responsabilité civile*. De même, encore, M. René Demogue, prenant l'exemple d'un accident causé par une voiture de livraison: « Le commettant est responsable même si l'identité de son préposé n'est pas établie » et avec une abondante jurisprudence à l'appui (9). Nous citerons nous-même deux décisions caractérisques : Grenoble, 13 mars 1834 (Dalloz, J. G., t. 39, v° *Responsabilité*, n° 639, p. 428, n. 3) :

« Attendu que les lois accordent une action DIRECTE à la personne lésée sans qu'il soit nécessaire que la personne lésée actionne directement l'auteur lui-même du préjudice... »

Req., 19 février 1866 (S. 1866.I.421) :

« Attendu que l'action en responsabilité formée en vertu de l'art. 1384 C. Nap. devant la juridiction civile constitue une action principale, dont le sort n'est pas subordonné à celui de l'action... contre... l'agent direct du dommage... la responsabilité édictée par l'art. 1384 étant PRINCIPALE et non subsidiaire. »

(4) P. DUEZ, *R. P. P.*, p. 9 ; *Adde :* p. 12 et 13.
(5) J. APPLETON, 2e note *Motsch*, précitée, D. P. 1932.I.18 (v. *supra*, p. 165).
(6) S. 1908.III.97 ; N. A. H., I, 588, av.-dern. al., *in fine*.
(7) *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, I, p. 420.
(8) Notamment : p. 27, 28, 46, 78.
(9) *Oblig.*, V, 1925, n° 916, p. 111 et jurisprudence citée dans la note 5.

Il est, d'ailleurs, de toute évidence qu'une personne lésée — en qualité de cliente ou de simple tiers — par un « service » d'une entreprise industrielle, financière ou commerciale quelconque, ne se verra pas, pour obtenir réparation, soumise à l'obligation préalable de découvrir et d'identifier le ou les agents auteurs matériels du fait générateur du préjudice. Que, par exemple, l'un des employés d'une telle entreprise « pour hâter l'heure de la fermeture, ait avancé sur le cadran les aiguilles de l'horloge » du local où pénètre le public et qu'il existe à la porte « un ressaut malencontreux » et que l'ensemble de ces deux faits constitue la condition d'un préjudice pour un client, imagine-t-on que celui-ci verra le succès de son action subordonné à la recherche, à l'identification nominative et à la mise en cause des agents auxquels ils doivent être matériellement imputés ? Or, nous venons simplement de « civiliser » la légendaire affaire *Anguet* et de transposer l'analyse qu'en présente M. Paul Duez (*R. P. P.*, p. 13) en témoignage de l'excellence de la notion de « faute anonyme du service public ». A plus forte raison en serait-il de même s'il s'agissait d'une « défectuosité de fonctionnement des services » de la dite entreprise privée dans l'exécution de ses obligations envers ses clients.

Ainsi, contrairement à la thèse administrative, LA RESPONSABILITÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 1384 N'EST NI MOINS « PRIMAIRE », NI MOINS « DIRECTE » QUE LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT AU TITRE DE LA THÉORIE DE LA « FAUTE ANONYME DU SERVICE PUBLIC » (10). C'est, d'ailleurs, ici le lieu de rappeler (v. *supra*, p. 60, n. 143) que la responsabilité instituée par l'article 1384 est une responsabilité DU FAIT D'AUTRUI et nullement une responsabilité POUR AUTRUI. Non seulement, nous ne saurions trop le répéter, la responsabilité imposée au maître du service par l'article 1384 n'implique, de la part de celui-ci, ni faute, *ni même présomption de faute* (v. *supra*, p. 52 et s.) mais même n'en implique pas davantage de la part *de l'agent :*

> « L'article 1384 décide qu'on est responsable « du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre » sans subordonner cette responsabilité à l'existence d'une faute à la charge de l'auteur de ce dommage et, par suite, à sa propre responsabilité » (11).

Donc, la prétendue supériorité, pour la victime, de la « conception autonome » de la « faute anonyme du service public » sur le système de l'article 1384 relève de la pure imagination. En revanche,

(10) Cf. *supra*, p. 77.

(11) Louis MONDET, Thèse citée, p. 10. Cf., dans le même sens, les références citées *supra*, p. 60, n. 143.

ce qui est bien réel, ce sont les conséquences doublement rigoureuses — toujours pour la victime — de cette « responsabilité directe de l'Etat pour faute anonyme du service public » telles que nous les avons exposées dans le dernier paragraphe de notre Introduction (*supra*, p. 77 et s.).

Dans ces conditions, et pour emprunter encore les expressions de M. Paul Duez (*R. P. P.*, p. 11) « l'insuffisance pratique de l'article 1384 » ne nous paraît pas précisément « éclater ». Et *comment, de la précarité d'un tel argument, ne pas déduire celle d'une thèse qui ne craint pas d'y recourir ?*

§ II. — Le point de vue juridique

Ainsi que nous l'avons déjà observé, nous touchons ici à l'argumentation propre de l'arrêt *Blanco* (12), mais qui n'a pas manqué d'être développée — plus ou moins heureusement — par la doctrine pro-administrative.

On peut, croyons-nous, embrasser l'ensemble classique des objections d'ordre juridique élevées contre l'application des articles 1384 et suivants à la responsabilité civile de l'Etat en examinant les argumentations respectivement développées dans ce sens par deux éminents jurisconsultes, maîtres en la matière : David et Laferrière (13).

ARTICLE 1. — LES RAISONS DE DAVID

Les conclusions du commissaire du gouvernement David (voir *supra*, p. 138) proposent ici trois ordres d'arguments : le premier

(12) Ainsi que de l'arrêt... jumeau *Dugave et Bransiet* (Tr. Confl., 8 fév. 1873, Rec. 1873, suppl., p. 71), sur lequel nous reviendrons plus loin (p. 226 et 238, n. 43) et dont nous relèverons dès à présent la rédaction assez étrange : « Considérant que l'art. 1384 C. civ. a pour objet de régler la responsabilité dont les particuliers peuvent être tenus *à l'occasion (?) des personnes* qui sont placées sous leur autorité et surveillance... » Enonciation d'ailleurs parfaitement inexacte, attendu que les chefs de service, les contremaîtres, des entreprises privées *ne peuvent* être tenus *d'aucune responsabilité* à raison du fait « des personnes qui sont placées sous leur autorité et surveillance ».

(13) Nous ne saurions passer sous silence les reprises récentes de ces argumentations sous la pression de la jurisprudence précitée (*supra*, p. 163 et s.) de la Chambre Criminelle, particulièrement : Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 10 et 11 ; Roger BONNARD, Note précitée (*supra*, p. 164 et n. 69) sous le 1er arrêt *Motsch* au S. 1930.I.393, et Jean APPLETON, *Traité*, n° 140, p. 262 et note également précitée (*supra*, *ibid.*, et p. 165, n. 70) sous le 2e arrêt *Motsch* au D. P. 1932.I.16. Pour M. Paul DUEZ (*R. P. P.*) et M. Jean APPLETON (*Traité*), cf. *infra*, p. 224 et 226. Pour les deux notes de MM. Roger BONNARD et Jean APPLETON, cf. *infra*, p. 229, n. 30. Enfin, nous ne manquerons pas de nous référer encore à la note de fond ci-dessus visée de M. Roger BONNARD, sous Cons. d'Et., 23 janv. 1931, *Dme et Dlle Garcin*, S. 1931.III.99 : cf., p. 222, 234, 292, 293, 298, 301, n. 104.

tiré du « rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics », le second des caractères particuliers de ces services, le troisième des limitations de la responsabilité. Il convient de les examiner successivement.

D'où la division du présent article en trois numéros correspondants.

N° 1. — Le rôle de l'Etat

Le premier argument de David contre l'applicabilité de l'art. 1384 à l'Etat consiste en cette double affirmation :

A) *Le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics est : non pas volontaire, mais obligatoire.*

B) *Ce rôle lui est imposé : non dans un intérêt privé, mais dans l'intérêt de tous.*

Examinons ces deux points.

A. — « *Le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics est obligatoire* ».

Rien n'est plus exact et nous n'aurons garde de l'oublier (cf. *infra*, p. 242-II). Mais l'obligation de l'accomplissement par l'Etat d'un service public ne procède-t-elle pas du fait même de l'existence de la création par le dit Etat du dit service public ? Et qui oblige l'Etat à créer et à faire fonctionner un service public ? Qui décide cette création et ce fonctionnement, si ce n'est l'Etat par l'office de ses fondés de pouvoirs, par l'office de l'un de ses serviteurs supérieurs : Parlement, gouvernement, ou même, simplement, administration ? « Si les fonctionnaires sont tenus de faire fonctionner le service... c'est parce que le législateur l'a voulu ; or, la volonté du législateur c'est celle de l'Etat ; c'est donc bien volontairement que l'Etat fait fonctionner le service... » (14).

Sans doute, pourra-t-on nous objecter, mais l'entrepreneur d'un service privé ne sera pas tenu de le faire fonctionner, de l' « accomplir » par cela seul qu'il l'aura créé. Voire ! répondrons-nous. Il n'y sera pas obligé... à moins que... des *clients* ne lui aient, *en vue de* ce fonctionnement, fourni telles *prestations*.

Or, n'est-ce pas identiquement le cas de cet entrepreneur de services publics : l'Etat, à qui ses « clients » ont fourni, en vue du fonctionnement de ces services publics, telles ou telles prestations soit forfaitaires (impôts d'argent, de sang, etc.), soit spécialisées

(14) Marcel WALINE, *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, R. Dr. Publ., 1933, p. 240.

(taxes). Qui donc a écrit, qui n'a cessé d'écrire admirablement, que « *l'administration s'oblient à prix d'argent* », si ce n'est le maître vénéré et regretté entre tous : Maurice Hauriou (15) ?

B. — « *Le rôle de l'Etat est imposé : non dans l'intérêt privé, mais dans l'intérêt de tous* ».

C'est encore parfaitement exact — et même doublement exact. Les services publics en effet sont accomplis dans l'intérêt de tous *ut singuli*, mais aussi — et d'abord — dans l'intérêt de tous *ut universitas*, dans l'intérêt public, c'est-à-dire l'intérêt de l'Etat lui-même. Mais l'entrepreneur d'un service privé ne prétend-il pas — et à juste titre — servir, en même temps que son intérêt propre, celui de ses clients (16) ?

Conclusion.

Les services de ce « maître » public : l'Etat, tout comme le service d'un maître privé, sont librement créés par lui et dans son intérêt : celui de la cité, comme dans celui de ses clients : les citoyens.

N° 2. — Les particularités organiques des services publics

(Renvoi)

« En deuxième lieu, observe David, il faut considérer l'importance et l'étendue de ces services et... le nombre énorme d'agents de toutes sortes, fonctionnaires publics, agents auxiliaires, employés, gens de service, qu'ils nécessitent, les condi-

(15) Dans sa note sous l'arrêt Cons. d'Et., 13 janv. 1899, *Lepreux*, S. 1900. III.1, § I, al. num. 1°, et surtout dans ses *Principes du Droit public*, 1re éd., 1910, p. 107, 196, 710 et 2e éd., 1916, p. 161, 356 et s., 397, 576. C'est précisément l'amorce de la question que nous retrouverons à la Section II, p. 235.

(16) « Le maître ou commettant du Droit privé, écrit M. Jean Appleton (*Traité*, 1927, n° 140, p. 263) emploie des commis pour la gestion de ses propres affaires, l'administration prépose ses agents au soin des services publics. » *C'est ici le lieu de nous référer aux développements de notre Introduction*, Section IV, *Le Service*, et spécialement à notre note 44 de la p. 97, où nous nous sommes attaché à mettre en relief l'importance de la distinction : entre *le contre-maître*, qui n'a que *des subordonnés à ses ordres*, et *le maître* qui a *des serviteurs à son service*. Ainsi, les « agents » de l'administration » ne sont en réalité que ses *subordonnés* et ce sont — tout comme l'administration elle-même — des serviteurs de l'Etat, préposés par l'administration, il est vrai, mais *au nom de* l'Etat et *pour le compte de* l'Etat, au soin des services de l'Etat, comme les serviteurs inférieurs du maître d'un service privé sont préposés par ses serviteurs supérieurs au soin de ce service. Préposés par les serviteurs supérieurs, les serviteurs inférieurs ne sont nullement les préposés des serviteurs supérieurs, comme le croit M. L. Couzinet, thèse précitée, p. 200.

Par ailleurs, sur la confusion entre l'administration et l'Etat, cf. *infra*, p. 280.

tions de leur nomination et de leur avancement qui, réglés souvent par la loi ou par des règlements généraux, ne laissent pas toujours à l'administration la liberté de son choix, la variété infinie des emplois et par suite des rapports qui s'établissent entre l'Etat et ses agents à leur occasion... »

Cet argument ayant été repris et développé par Laferrière, nous en renvoyons l'examen à l'article suivant (*infra*, p. 226, N° 3).

N° 3. — Les limitations de la responsabilité de l'Etat

« La responsabilité de l'Etat — pose DAVID dans ses conclusions (*supra* p. 138), comme le Conseil d'Etat dans son arrêt *Rothschild* (*supra* p. 111), et le Tribunal des Conflits dans son arrêt *Blanco* (*supra*, p. 141) — ne peut être *ni générale, ni absolue ;* elle doit se modifier suivant les lois et règlements spéciaux à chaque service, suivant leurs nécessités, suivant aussi la nature des emplois... suivant (corrige l'arrêt *Blanco*) la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

En ce considérant, il est difficile de ne pas reconnaître, sous une coloration juridique, la visée discrètement pratique d'un argument financier. Réservant, comme nous l'avons déjà annoncé (*supra*, p. 216), la discussion de cet argument lui-même pour le Chapitre suivant (*infra*, p. 300), nous nous bornerons ici à l'examen de ce que nous venons d'appeler : « la coloration juridique » du considérant envisagé. Nous lui opposerons, à cet égard, les observations suivantes.

I. — Tout d'abord, le postulat d'une inégalité de traitement des divers services publics ne laisse pas d'appeler des réserves. Sur ce point, nous avons déjà signalé (17), en y adhérant, le rejet par M. Gaston Jèze, de toute différenciation entre les services publics administratifs, comme entre leurs agents (18).

II. — Quant au principe même des limitations de la responsabilité de l'Etat, l'arrêt *Blanco*, comme l'arrêt *Rothschild*, l'énoncent sans le justifier. David le déduit comme une conséquence des deux ordres de raisons dont l'inconsistance vient de nous apparaître. Dans sa très importante note précitée sous l'arrêt *Garcin* (S. 1931. III.29, col. 2, l. 12 et s.), M. Roger Bonnard fonde les « restrictions à la responsabilité civile de l'administration » (pour nous : de l'Etat, cf. *infra*, p. 279) sur « des raisons d'ordre administratif et

(17) *Supra*, p. 55, note 127.

(18) Et précisément en matière de responsabilité de l'Etat : « Quelle est la responsabilité pécuniaire du patrimoine administratif à raison du fonctionnement des services publics ? En principe, il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer à tous les services publics, quels qu'ils soient, le même régime juridique. » (*Principes généraux du Droit administratif*, t. III, *Le fonctionnement des services publics*, 1926, p. 8, 9).

d'ordre financier ». Les premières correspondent aux « besoins du service » (de l'arrêt *Blanco*) et, pour M. Bonnard, elles ont trait au « bon rendement du service » dont il ne faut pas risquer la « paralysie ». Les secondes correspondent à la « nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés » (de l'arrêt *Blanco*) et, pour M. Bonnard, visent « l'équilibre du budget ». Leurs valeurs respectives que nous examinerons dans le Chapitre suivant (*infra*, p. 292 ; 300) nous apparaîtront comme éminemment relatives. Dans ces conditions, il semble permis de se demander jusqu'à quel point il est logiquement — et moralement — légitime *d'arguer d'une jurisprudence arbitraire pour justifier la compétence de la juridiction qui la produit.*

III. — Ensuite, fût-elle même admise, cette érection du fait en droit commanderait-elle l'exclusion du droit civil ? C'est précisément cette question que nous avions en vue — et que nous avons résolue — par la négative dans notre Introduction (*supra*, p. 66), lorsque, nous appuyant sur la haute autorité de représentants de la doctrine et de maîtres de la matière tels que MM. H. et L. Mazeaud, nous avons pu avancer que, même en conjoncture de préjudice purement délictuel, c'est-à-dire sans aucun rapport avec un lien juridique préexistant entre le demandeur et le défendeur en responsabilité, les limitations sont parfaitement concevables en droit civil à l'égard de la responsabilité qui — même délictuelle — peut ainsi ne plus être : ni « générale », ni « absolue ». Et l'on sait que si nous disons : « même », c'est parce que la compétence délictuelle est précisément (cf. *supra*, p. 64) la plus défavorable à ces « limitations ». Que, du préjudice délictuel on passe — comme nous devons le faire dans un instant — au préjudice résultant du défaut d'exécution d'une obligation — contractuelle ou non — et c'est alors *a fortiori* (cf. *supra*, p. 71) que l'on voit la possibilité des limitations « nuancées » jouer en droit civil.

IV. — Nous demanderons, enfin, depuis quand *la première mission du juge — civil comme administratif — ne serait-elle pas la « conciliation » des droits des parties.* Et, alors qu'on prétend soustraire au droit civil de la responsabilité la responsabilité civile de l'Etat pour la raison qu'elle n'est « ni *générale, ni absolue* », pourra-t-on persister dans cet argument lorsqu'on voit l'un des premiers et des plus illustres maîtres civilistes de la responsabilité civile : Sourdat, écrire en propres termes : « Malgré la *généralité* du principe que nous venons d'exposer.... malgré le caractère *absolu* que *paraissent* avoir les dispositions des articles 1382 et s., faut-il dire que toute espèce de faute même *la plus légère*... entraînera

toujours une responsabilité pleine et entière ? Nous persistons à croire qu'il faut admettre *quelques tempéraments*... sous peine... de commettre une injustice sous le prétexte d'en réparer une autre » (*Traité gén. de la Responsabilité*, 4e éd., t. I, 1887, n° 659, p. 650). Parce qu'elle serait « *non générale, non absolue* » et « *conciliatrice des droits de l'Etat et des droits privés* », on ne voit donc pas en quoi, par ces caractères, *la responsabilité civile de l'Etat échapperait au droit civil de la responsabilité.*

De cet ensemble de considérations, nous croyons pouvoir conclure — et cela depuis notre Introduction : p. 66 et 72 — que ce que nous avons appelé la troisième raison de David ne soutient pas plus la discussion que les deux premières.

De l'argumentation de David ainsi jugée, passons à celle de Laferrière.

ARTICLE 2. — LES RAISONS DE LAFERRIÈRE

Laferrière qui — contrairement à David — considère l'inapplicabilité de l'article 1384 comme la justification principale (v. cependant *infra*, p. 376) de la compétence administrative, s'y attache beaucoup plus longuement et développe dans ce sens une triple argumentation : *exégétique, historique, organique.*

C'est ce qui a été traduit par M. Paul Duez (*R. P. P.*, p. 10, 11) en ces trois propositions :

1° *On force la lettre des textes ;*

2° *On force l'intention des rédacteurs du Code civil ;*

3° *On force la nature juridique des rapports existant entre la puissance publique et ses agents.*

N° 1. — L'argumentation exégétique

Cette argumentation procède, elle-même, de deux postulats, savoir :

I. — « L'article 1384 ne doit pas être séparé de l'article 1382. »

II. — « Le terme « *homme* » de l'article 1382 peut bien s'appliquer à une personne privée individuelle, ou même collective, mais pas à cette personne collective publique : l'Etat ».

Ces deux postulats admis, l'inapplicabilité de l'article 1384 à l'Etat en découle évidemment... mais — convient-il de les admettre ? Que l'un ou l'autre — ou l'un et l'autre — tombent et c'est la chute du syllogisme.

Or, pour ce qui est d'abord de l'intégration de l'article 1384 dans l'article 1382, on sait que cette conception est aujourd'hui périmée (19). Toute la Section II de notre Introduction (*supra*, p. 15 à 26) a été pour établir que l'article 1382 institue la RESPONSABILITÉ D'UNE FAUTE, alors que l'article 1384 organise la GARANTIE D'UN FAIT.

Passons maintenant au second postulat. Que l'on discute l'extension générale et absolue du terme « homme » à la « personne collective » privée, cela se conçoit. Or, si l'on se place uniquement au point de vue du régime de la responsabilité, cette extension s'est, à cet égard, imposée d'elle-même, et, d'ailleurs, Laferrière ne la conteste pas. Par conséquent, si l'on écarte les articles 1382 et suivants pour la responsabilité de la personne *collective publique*, ce n'est plus parce qu'elle est *collective*, mais parce qu'elle est *publique*. C'en est donc fait de l'argument verbal — et vraiment léger — tiré du mot : « homme » de l'article 1382. D'ailleurs, n'est-ce pas M. Berthélemy lui-même qui règle — d'un mot — le compte de ce mot : « *En droit, il n'y a pas d'hommes, il n'y a que des personnes* » (20). Quant au grief tiré de la *publicité* de cette personne, nous allons le retrouver — et le traiter — dans un instant, aux deux numéros suivants.

Conclusion : l'argument exégétique s'effondre — comme nous l'avions laissé prévoir — doublement.

N° 2. — L'argumentation historique

Cette argumentation se ramène à ceci que : l'application des articles 1382 et 1384 à l'Etat « ne répondant guère aux idées générales du temps », les auteurs du Code... n'ont pas voulu cela.

Un tel système qui consiste à étrangler un texte en interdisant toute évolution historique de son interprétation, de son applica-

(19) Témoin ce récent aveu d'un arrêt de la Cour de Dijon, cette haute juridiction qui, avec la Cour de Lyon, a opposé, on le sait, une résistance obstinée à la jurisprudence de la Cour Suprême (Ch. Réunies, 13 févr. 1930, D. P. 1930. 1.57), et qui n'a pas craint de formuler cet « attendu » : « Attendu que, si contrairement à l'intention certaine (!) des rédacteurs du Code, il a été définitivement reconnu par la Cour Suprême, mue par des raisons de nécessité pratique, que l'art. 1384 avait non pas une valeur purement énonciatrice mais une portée propre... » (Dijon, Ch. Corr., 18 nov. 1932, Revue des Usagers de la Route, 1933, p. 4.447).

(20) *Traité élém. de Dr. adm.*, 1re éd., 1901, p. 70. Et, comme l'observent, non sans humour, MM. H. et L. MAZEAUD « pourquoi ne pas aller jusqu'à soutenir que le texte est seulement applicable au sexe masculin ? » (*Resp. Civ.*, II, n° 1986, note 1).

tion, de sa conception même, et qui obligerait à refaire à chaque instant tous les articles du Code dont les conditions d'application ont varié avec le progrès de la civilisation, trouve sa réfutation définitive dans un passage devenu classique de l'œuvre magistrale de M. le doyen Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, passage se terminant (T. I, 1899, p. 230) sur cette belle devise :

« PAR LE CODE CIVIL, MAIS AU DELA DU CODE CIVIL »

Nº 3. — L'argumentation organique

Cette dernière argumentation, qui n'est, comme nous l'avons annoncé (*supra*, p. 222), que la reprise et le développement de la seconde partie de celle de David précédemment examinée, porte : d'une part, sur la situation des agents des services publics, d'autre part, sur leur nombre (21).

Sur le premier point : situation des agents, l'arrêt *Dugave et Bransiet*, rendu par le Tribunal des Conflits le même jour (8 février 1873) — et plus développé sans être moins discutable — que l'arrêt *Blanco*, s'exprimait ainsi :

« Considérant que le choix et la nomination des fonctionnaires publics, des agents administratifs et des employés, sont réglés par des lois spéciales, par des règlements ou des arrêtés qui se rattachent à l'organisation politique et administrative du pays, et qu'on ne saurait assimiler d'une manière absolue ce choix et ces nominations aux contrats qui interviennent entre les maîtres et les domestiques, ou entre les commettants et leurs commis... »

Cette argumentation, adoptée par David et Laferrière, est ainsi reprise par M. Jean Appleton.

« Enfin, les rapports entre l'Etat et ses fonctionnaires, surtout lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la puissance publique, ne présentent nullement le caractère juridique, soit du louage de service, soit du mandat, définis et règlementés par le Code civil ; le maître ou commettant de droit privé emploie des commis pour la gestion de ses affaires, l'administration prépose des agents au soin des services publics. »

Or, à cet égard, nous avons déjà fait observer (*supra*, p. 221, n. 16) que c'est de l'Etat que les agents des services publics sont les *serviteurs*, tout comme *l'administration elle-même*, qui n'est que

(21) L'argument du « nombre » a reparu dans la note *Dourdent et Gaspard* de Maurice HAURIOU, Cons. d'Et., 19 mai et 23 juin 1922, S. 1924.III.9 ; N. A. H., I, p. 666.

la *servante supérieure* de l'Etat et dont ils ne sont que les *subordonnés*, que c'est dès lors *au nom de* l'Etat et *pour* l'Etat que l'administration prépose les serviteurs de l'Etat à la gestion des propres affaires de l'Etat : situation absolument identique à celle d'une entreprise privée, pourvue *d'agents supérieurs préposant et commandant des agents inférieurs*.

Nous croyons avoir, en outre, établi, dans notre Introduction (Section V, p. 61), que le « choix » n'est nullement une condition de la responsabilité du « commettant » (22), que *peu importe la source*, le mode de génération, de la *préposition*, ou mieux du SERVICE, que l'article 1384 joue *dès que le service existe*, c'est-à-dire dès qu'on se trouve en présence d'une personne : serviteur (*latissimo sensu*), dont l'activité s'exerce *au nom, aux ordres, et pour le compte* d'une autre personne : maître (*latissimo sensu*). A tel point que, non seulement l'existence *d'un contrat* de louage de service *n'est plus requis* par la jurisprudence judiciaire pour le jeu de l'article 1384 (23), mais qu'elle l'applique (cf. *supra, ibid.*) entre mari et femme, entre père et fils, sous la seule condition *qu'au regard de la production du préjudice envisagé*, le fils, le frère, voire le mari (24), agissait *aux ordres et pour le compte* du père du frère, voire de la femme.

(22) D'ailleurs, *l'objection du choix* est, pour le moins, *singulière :* « Quant aux règles limitant ou supprimant la liberté du choix des agents, observe très justement M. René MARCQ (*Resp. de la puiss. publ.*, Bruxelles, 1911, p. 276), elles ont été, ainsi que nous l'avons fait observer déjà, établies par l'Etat lui-même dans l'intérêt de la fonction et *il est, dès lors, téméraire de prétendre que le choix de l'agent n'est pas libre.* »

(23) « Non seulement aucune rémunération n'est exigée, mais encore il n'est pas nécessaire qu'un contrat unisse le commettant et le préposé » (H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 876, p. 619). On voit à quel point l'absence — *d'ailleurs éminemment discutable* — « de tout élément contractuel », selon M. Paul DUEZ, (*R. P. P.*, p. 11) est *inopérante*. ADDE : DEMOGUE, V, p. 110.

(24) « *Est commettant*, au sens de l'art. 1384, celui qui, faisant appel *pour son compte* et profit personnels, aux *services* d'une autre personne, a le droit de lui donner *des ordres* et des instructions sur la manière de remplir les fonctions qu'il lui a confiées. » Ainsi s'exprime la Cour de Cassation (cit. dans P. R. E., I, n° 642, p. 868). *Nous prions qu'on veuille bien nous dire en quoi cette définition de la relation envisagée par l'article* 1384-3° *entre deux personnes dont l'une doit garantir le fait de l'autre, ne s'applique pas littéralement, point par point, à la relation entre l'Etat et les agents à son service.* On y reconnaît notre définition même du « SERVICE » avec les deux éléments du *fundamuntum relationis* selon STUART MILL : *au profit — et par l'ordre — de...* (cf. *supra*, n. 97 *in fine* de la p. 45). Nous aurions pu produire à ce moment la formule ci-dessus de la Cour Suprême, mais nous avons préféré la réserver comme réplique péremptoire et décisive aux systèmes que nous combattons et dont la trop habile tactique consiste à *noyer* la question de la « *préposition* » dans des considérations de

Quelle que soit donc la modalité du lien de service entre l'Etat et les agents administratifs à son service, comme entre le maître et le serviteur privés ; quel que soit le mode de génération — ABSOLUMENT INDIFFÉRENT — *de ce lien ; quelles que soient les règles internes du service* (25) CE QUI SEUL IMPORTE, *en droit public comme en droit privé, c'est* L'EXISTENCE *du lien de service en vertu duquel la personne :* SERVITEUR *agit* SOUS L'AUTORITÉ ET POUR LE COMPTE *de la personne :* MAITRE (26).

Laferrière se scandalise encore à l'idée que l'Etat « serait responsable d'infractions dont il a lui-même à se plaindre... » Mais pourquoi le maître *public* ne serait-il pas, comme le maître *privé*, GARANT des préjudices causés par ses serviteurs, *même contre ses ordres, à l'occasion de son service* (27) ?

Quant au second point, touchant les difficultés de la surveillance des agents de l'Etat en raison de leur nombre, un maître du droit administratif français, éminent spécialiste de la responsabilité de l'Etat — et, de plus, partisan de la thèse administrative — Léon Michoud, a assez bien démontré ce que vaut un tel argument pour qu'il nous soit permis de nous référer à cette réfutation aussi radicale qu'autorisée (28). Elle a, d'ailleurs, été reprise par le savant auteur belge d'un ouvrage estimé : M. René Marcq (29), qui la résume ainsi :

« Il est vrai que l'Etat a un grand nombre de fonctionnaires, que leur surveillance est difficile. Mais la stiuation est la même pour tant de compagnies qui occupent un personnel considérable. Et, du reste, la surveillance des fonctionnaires, si nombreux qu'ils soient, est grandement facilitée par les puissants moyens d'action dont l'Etat dispose. »

« *choix* », de « *nomination* », de « *contrats* », etc., inspirées de ce « FÉTICHISME DE LA SOURCE » (v. *supra*, p. 27 et n. 79 de la p. 37) que nous ne saurions trop dénoncer. Par ailleurs, sur le caractère contractuel de la situation du fonctionnaire, v. la très remarquable thèse de Mlle G. BICHOFFE : *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire? Fonction publique et contrat*, Nancy, 1927.

(25) Cette *indifférence externe* du *statut interne* a été notamment consacrée par l'arrêt : Civ., 27 nov. 1919, D. H. 1930, p. 68 ; Rev. Tr. Dr. Civ., 1930, p. 370, note R. DEMOGUE.

(26) Est-il nécessaire d'ajouter que « l'argument organique » tombe littéralement à plat devant le fait précédemment signalé (*supra*, p. 180, note) de *l'interchangeabilité* des catégories de personnels pour des fonctions identiques ? Constamment des agents « de droit commun » exercent une activité « administrative », comme des agents « administratifs » une activité « de droit commun ».

(27) On peut voir, à ce sujet, l'arrêt édifiant : Cons. d'Et., 6 mai 1932, *Grossmann*, D. P. 1933.III.57, condamnant à une telle responsabilité... un particulier.

(28) Léon MICHOUD, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, II, n° 30, p. 21.

(29) René MARCQ, *La Resp. de la Puiss. Publ.*, Bruxelles, 1911, p. 2, 5 et 276.

« *Quis custodiet custodes ?* s'indigne Laferrière... Mon Dieu ! répondrons-nous : comme partout... *Custodes custodum*.....! Et puis, *la surveillance de l'agent n'intéresse pas le patient, mais uniquement le maître du service, qui en profite* (30).

Passons maintenant à la contre-épreuve :

(30) Il nous reste, enfin, comme nous l'avons annoncé en tête de ce paragraphe, à examiner brièvement les systèmes d'objections présentés contre l'application à l'Etat des art. 1382 et s. dans les deux récentes notes de MM. Roger Bonnard et Jean Appleton sous les deux arrêts *Motsch*.

A. — Dans sa note au S. 1930.I.393, M. Roger Bonnard présente, comme nous l'avons déjà annoncé (*supra*, p. 164, n. 69 ; 219, n. 13), une argumentation consistant en l'articulation des trois propositions suivantes :

1° L'agent administratif n'est pas un *préposé de l'administration ;*

2° Même si l'on admet qu'il le soit, l'art. 1384 n'est pas applicable à l'Etat ;

3° Même si l'on admet l'application de l'art. 1384 à l'Etat, la compétence ne saurait être judiciaire.

Considérons successivement ces trois points :

1° Touchant la situation juridique des agents administratifs, l'argumentation de M. R. B. part d'une réfutation de la théorie formulée par Maurice Hauriou dans sa note sous l'arrêt précité (*supra*, p. 163), Tr. Confl., 26 mai 1924, *Vve Lemetti*, S. 1924.III.49 ; N. A. H., I, p. 505 et selon laquelle les agents de l'Etat loin d'être ses préposés, ses commis, — nous disons : ses serviteurs — seraient, au contraire, ses gouvernants, ses maîtres « imposant à la Nation, en vertu d'une autorité qui leur est propre et qui en fait des gouvernants, les lois et leurs mesures d'exécution ». Très justement, selon nous, M. R. B. oppose, à cette conception « oligarchique », le principe même de la « démocratie », principe selon lequel « c'est la Nation qui détient en droit la puissance gouvernante ». Cette réfutation, il va sans dire que nous y souscrivons, mais non, toutefois, sans *une réserve importante*. Maurice Hauriou, en effet, ne dit pas que les agents de la Nation ne sont pas ses serviteurs, mais qu' « *ils servent la Nation en la commandant* ». Dès lors, il suffirait, peut-être, d'une simple mise au point, pour tout concilier, et voici celle que nous proposerons. Les agents de la Nation *la servent* ut universitatem, *en commandant :* non pas la Nation *ut universitatem*, mais *ses membres* ut singulos. Le gouvernement, *gouvernant* des *individus* n'est que la... gouvernante du pays. Les agents, *serviteurs* de la *Cité* sont les *chefs*, les *conducteurs*, les *instructeurs* des *citoyens :* « Les instituteurs », observait dans une circulaire du 21 août dernier (journal « *Le Temps* » du 16 sept. 1933), le ministre de l'éducation nationale, ne sont pas chargés d'instruire *la Nation* ils sont chargés d'instruire *l'enfance* » — nous préférons : *les enfants*. Telle est la raison de *logique constitutionnelle* que nous associons à la raison de *politique constitutionnelle* de M. Roger Bonnard. Mais le savant auteur ne rejette la subordination de l'Etat à ses agents, et ne proclame la subordination de ceux-ci à celui-là, que pour contester l'existence, entre eux, du « rapport *de commettant à préposé* prévu par l'article 1384 ». D'une part, en effet, observe M. R. B., ce rapport « suppose en principe un contrat conclu entre les deux parties ». D'autre part, « entre le fonctionnaire et l'administration il n'y a pas de contrat ». Dans notre discussion du système de Laferrière (*supra*, p. 226, 227 et notes), nous croyons avoir établi : et la caducité de cette argumentation, et, d'ailleurs, dans notre discussion du système de David (*supra*, p. 221, n. 16), l'impropriété de l'expression : « *préposé de l'administration* », à remplacer par l'expression propre : « serviteurs de l'Etat » en tous les sens, *y compris celui de l'art.* 1384.

2° Subsidiairement, *étant même admis* le rapport de commettant à préposé, M. R. B. maintient l'exclusion de l'art. 1384, et cela en vertu du « principe

§ III. — Les Désaveux

I. — Si l'incompatibilité entre l'article 1384 et l'Etat était telle qu'elle nous est représentée, il semble que le législateur eût été au moins l'un des premiers à le savoir. Or, c'est précisément à l'Etat, que, treize ans avant la naissance de l'article 1384, son régime a été appliqué par l'article 19, titre XIII, de la loi des 20-22 août 1791 sur les douanes.

II. — Il convient, ensuite, de noter que, dans maintes affaires retentissantes antérieures à l'arrêt *Rothschild*, l'administration, elle-

certain (?) de notre Droit public, maintes fois affirmé depuis l'arrêt *Blanco*, que les règles du droit civil en matière de responsabilité ne sont pas applicables à la responsabilité civile de l'administration ». C'est précisément la discussion de cette affirmation d'autorité — *locus ab auctoritate* — qui fait l'objet du présent Chapitre.

3° Subsidiairement encore, *étant même admis* le jeu de l'art. 1384, la compétence judiciaire n'en demeure pas moins exclue « à raison du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires tel qu'il est interprété... » Nouvelle affirmation d'autorité de la chose à démontrer — et dont l'examen est réservé pour le Chapitre III du présent Titre, consacré au « néo-séparatisme ».

Pour le moment, il nous sera permis de retenir que, *par le fait même* de ces *replis* subsidiaires, la haute autorité de M. Roger Bonnard ne se refuse pas d'une manière absolue *à envisager l'application à l'Etat de l'art.* 1384.

B — L'argumentation de la note de M. Jean Appleton au D. P. 1932.I.16 ne diffère de celle de la note de M. Roger Bonnard que par quelques aggravations. En voici l'articulation :

1° « La responsabilité de la Puissance Publique n'est pas régie par les règles du droit civil ». Telle est précisément, nous le rappelons, la question examinée dans le présent Chapitre.

2° « Les fonctionnaires et agents de l'autorité publique ne sont pas les préposés de l'Etat-personne morale ; ce sont, sauf exception, des organes de l'Etat-puissance, non des commis de l'Etat-personne ». C'est la première proposition ci-dessus examinée de M. Roger Bonnard, mais avec une double « aggravation », savoir : la résurrection de ce que nous avons appelé (*supra*, p. 181, note) : la *dichotomie* de l'Etat, *cette morte qu'il faut encore qu'on tue* — et l'appel à cette « théorie de l'organe », dont nous nous sommes attaché (*supra*, p. 54, n. 127 et p. 76 et s.) à dénoncer le parasitisme en notre matière.

3° « Les règles de la responsabilité de l'art. 1384 ne s'appliquent donc pas ». Simple déduction des deux principes sus-énoncés — et valant ce qu'ils valent.

4° « Les administrations publiques ne répondent des fautes personnelles de leurs fonctionnaires ou agents *que si, par ailleurs*, l'événement dommageable a eu pour cause une faute ou un mauvais fonctionnement *du service* ». Et voilà, en effet, *la raison vraie, sincère*, de la guerre déclarée à l'art. 1384, raison dont l'aveu constitue une nouvelle « aggravation » de la thèse. Nous y répondrons, non seulement par la note précitée (*supra*, p. 184) de M. Raphaël Alibert, sous l'arrêt *Dame Mélinette*, admettant la responsabilité de l'Etat à raison du « délit pénal commis *indépendamment de toute contingence administrative* » — mais encore, par la note donnée par M. Jean Appleton, lui-même, sous Cons. d'Et., 9 nov. 1928, *Rapin*, au D. P. 1929.III.2, et admettant, avec Maurice Hauriou, la responsabilité de l'Etat pour un fait personnel d'agent en raison de ce que « c'est le

même, non seulement n'éleva pas le conflit sur des actions en responsabilité civile contre l'Etat, mais n'opposa même pas, devant la juridiction judiciaire, l'exception d'incompétence. Il nous suffira de rappeler les affaires précitées : *Debast* (Civ., 4 décembre 1833, *supra*, p. 121) ; *Depeyre* (Req., 30 janvier 1843 et Civ., 1er avril 1845, *supra*, p. 117) ; *Turck* (Colmar, 25 janvier 1848, *supra*, p. 120), etc. (*supra*, p. 117, n. 33). Puis, comme nous l'avons observé (*supra*, p. 119), à la veille de l'arrêt *Rothschild* dans l'affaire *Vve Brun* (Civ., 19 décembre 1854), le conflit n'était pas encore élevé. Ainsi, il a fallu *plus d'un demi-siècle* pour qu'apparaisse, *aux yeux mêmes de l'administration*, la providentielle inapplicabilité de l'article 1384.

III. — Le 30 mai 1850, quelques jours après son propre arrêt *Manoury* (cf. *supra*, p. 109) abandonnant la règle de « l'Etat débiteur » pour la raison d' « interprétation », le premier Tribunal des Conflits rendait une décision *Chalandre* (v. *supra*, n. 50 de la p. 127) sur une réclamation relative à des dégradations commises par les ouvriers d'un atelier national dans une propriété particulière en y coupant des baliveaux pour se construire des cabanes :

« Considérant que l'action en responsabilité intentée par *Chalandre* n'a, et n'a pu avoir, pour base que les faits allégués contre les ouvriers ou préposés des ateliers nationaux de la digue des Brotteaux dans l'exercice des fonctions auxquelles ils ont été employés *puisque l'article* 1384 *C. civ.* ne met que dans ce cas à la charge du commettant la responsabilité du dommage causé ; qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, les tribunaux civils sont incompétents... confirme... »

Ainsi, cet article 1384, dont le Conseil d'Etat de l'arrêt *Rothschild*, et après lui le second Tribunal des Conflits, et après lui David, Laferrière, et leurs adhérents contemporains, devaient alléguer l'inapplicabilité pour en déduire l'incompétence judiciaire, voici que le premier Tribunal des Conflits *en invoquait, aux mêmes fins, — les dispositions !* Pourquoi donc les conclusions David et toute la doctrine de la même thèse, mettant en avant l'arrêt *Manoury*, font-elles le silence sur l'arrêt *Chalandre* ? Et, si l'article 1384

service qui a mis la victime *en contact* avec l'agent coupable ». Nous ne voyons guère là, pour le service, d'autre faute que, selon l'expression de M. Hauriou lui-même (*Précis*, 11e éd., p. 328, n. 1), « la faute d'exister ». Cf. *infra*, p. 374 et s.

5° « Le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose... », question dont nous avons réservé l'examen pour les Chapitres II et III ci-après.

Ici encore, il nous sera peut-être permis de conclure en observant que l'éminent auteur de la note ici examinée a, lui-même, fait preuve d'une très sensible tendance à la concession envers le droit civil, et spécialement l'article 1384, tant dans son savant *Traité*, p. 446, dern. alinéa, que dans sa note précitée au D. P. 1929.III.2, col. 2.

était tellement inapplicable, pourquoi le premier Tribunal des Conflits en a-t-il *exploité l'application* (31) ?

IV. — Dans le *Traité de Droit administratif* de Dufour, 2e éd., t. VII, 1857, n° 326, p. 256, on pouvait lire :

« Aux termes de l'article 1384 du Code Napoléon, les maîtres et les commettants répondent... On n'a jamais douté que, d'après ce principe les entrepreneurs (de travaux publics) ne fussent responsables du fait de leurs ouvriers et de leurs chefs d'atelier et autres agents... » N° 327 : « IL N'EST PAS MOINS CERTAIN QUE LE MÊME PRINCIPE FAIT LA BASE DE TOUTES LES RÉCLAMATIONS SUSCITÉES PAR LES TRAVAUX DONT L'EXÉCUTION PROCÈDE DE L'ADMINISTRATION ELLE-MÊME. Les applications les plus remarquables de ce principe ont trait aux suites dommageables de *l'imprudence des ouvriers ou du défaut de surveillance des agents de l'administration.* »

V. — Et, dans le *Cours de Droit administratif*, de Cotelle, 3e éd., t. II, 1859, n° 78, p. 54 :

« Lorsque L'ADMINISTRATION des Ponts et Chaussées fait exécuter des travaux en régie par des ouvriers à la journée elle a en eux DE VÉRITABLES PRÉPOSÉS du fait desquels elle doit réparation... AUX TERMES DE L'ART. 1384. »

VI. — A partir de l'arrêt *Blanco*, tout ce que nous avons vu de sa « fortune » — ou, plus exactement, ...de son infortune — ne cadre guère avec l'ostracisme décrété contre l'article 1384 dont on voit l'application à l'Etat poursuivie avec sérénité en matière de « domaine privé » ...de « gestion privée » ...de « personnel privé » ...de « voie de fait » ...de services judiciaires, et l'application aux subdivisions de l'Etat jusqu'en 1908. L'applicabilité de l'article 1384 à l'Etat, proclamée depuis 1923 par la Chambre Criminelle, se voit formellement consacrée, en 1933, par l'arrêt du Tribunal des Conflits *Dame Mélinette*. Enfin, notre revue de la doctrine nous a édifié sur le désaccord organisé de ses meilleurs violons à l'égard de la thèse administrative. Néanmoins, touchant l'aptitude du droit civil à régir la responsabilité civile de l'Etat, il ne sera pas sans intérêt d'en relever quelques nouveaux témoignages — sans même revenir sur les « treize lois ».

VII — Maurice Hauriou, *Précis*, 1re éd., 1892, p. 695 (32) :

« La responsabilité du commettant est la seule que les personnes administratives puissent encourir. »

VIII — Léon Michoud, *Responsabilité de l'Etat*, Rev. Dr. Publ., 1895, t. II, p. 14 :

(31) Cf. *supra*, note 127 de la p. 195.

(32) Nous croyons devoir rappeler ici notre précédente réserve (*supra*, n. 24 de la p. 150) touchant nos références à des éditions anciennes des ouvrages cités.

« La théorie de la jurisprudence (administrative que nous combattons) n'asseoit la responsabilité de l'Etat sur aucun fondement solide, et il ne peut appartenir aux tribunaux, *même administratifs*, de prononcer une *condamnation* contre l'Etat en se basant uniquement sur une idée générale de justice et d'équité qu'aucun texte ne formule. En conséquence, *écarter les articles* 1382 *à* 1386 *c'est en réalité renoncer au seul point d'appui solide que l'on puisse trouver dans notre législation pour établir la responsabilité de l'Etat.* »

Autrement dit, si l'on veut bien nous permettre de résumer la situation à l'aide d'une réminiscence historique : « Qui t'a fait comte ? » demande la juridiction administrative à la juridiction judiciaire. Qui t'a donné qualité pour appliquer tels textes au jugement de la responsabilité de l'Etat ? — « Qui t'a fait roi ? » peut répliquer la juridiction judiciaire à la juridiction administrative. Qui t'a donné qualité pour décider *sans texte* les conditions et la mesure de la responsabilité de l'Etat ?

IX — Dans la 1re éd. (1901) de son *Traité*, p. 70, M. H. Berthélemy écrivait, touchant la récusation du droit civil :

« Je ne crois pas que la théorie de M. Laferrière soit fondée en droit. » Puis, à la séance du 21 mai 1906 de la Société générale des prisons : « On a cherché à fonder le maintien de la compétence administrative sur une idée QUI NE TIENT PAS DEBOUT : la non application à l'Etat des articles 1382 et 1384 du Code civil. » (Revue Pénitentiaire, 1906, p. 517) (Cf. *supra* p. 142).

X — L'un de nos plus distingués commissaires du gouvernement devant le Conseil d'Etat s'est nettement séparé de David et de Laferrière :

« Lorsqu'un individu introduit dans la société un objet quelconque, source de périls pour ceux qui l'entourent, déclarait M. Corneille traduisant dans ses conclusions *Colas* (*Cuirassé « Liberté »*, Cons. d'Et., 21 mai 1920, *Colas*, R. Dr. Publ., 1920, p. 410) l'interprétation actuelle de l'article 1384, il crée, à l'encontre de ces derniers un péril dont il doit répondre et dont il est GARANT indépendamment de toute faute... Or, *substituez* dans notre formule... les mots : personne morale, personne administrative, *Etat*... au mot *individu*, vous aboutissez, par un principe *qui ne s'adapte pas seulement aux relations de droit privé*, à la théorie du risque en matière de responsabilité de l'Etat. »

XI — « L'Etat et ses démembrements sont des justiciables *comme les autres* »; COMME UN SIMPLE PARTICULIER, l'Etat doit payer les dommages qu'il cause. » Signé ? Joseph-Barthélemy, *Le Gouvernement de la France*, 1924, p. 205.

XII. — Nous avons déjà (*supra*, p. 231, note 30, 5°, dern. al.) enregistré, tant dans le *Traité* de M. Jean Appleton (p. 446) que dans sa note *Rapin* au D. P. 1929.III.2, col. 2, une amorce d'admission du jeu du droit civil et spécialement de l'article 1384 à l'égard de l'Etat, comme dans la note *Motsch* de M. Roger Bonnard:

XIII — L'arrêt du Conseil d'Etat, 24 juillet 1931, *Commune de Vic-Fezensac*, S. 1932.III.85, porte les visas suivants :

« Vu la loi du 24 pluviôse an VIII,

VU LES ARTICLES 1382 ET 1383 C. CIV...»

Sur quoi, naturellement, cette réserve immédiate de l'arrêtiste anonyme et alarmé :

« La référence aux articles 1382 et 1383 que l'on trouve par exception dans les visas de l'arrêt semble être sans conséquence au point de vue des principes. »

...De l'absence de conséquence à... l'inconséquence, il n'y a peut-être pas très loin. *On ne pouvait guère mieux* marquer la gravité du coup porté au principe de l'arrêt *Blanco*

XIV — « Pour les dommages causés par des accidents d'automobiles, observe M. Roger BONNARD dans sa magistrale note précitée (v. *supra* p. 222) *D^me et d^lle Garcin* (S. 1931.III.98, col. 2, *in medio*)... le Conseil d'Etat semble déroger au principe que les règles du droit privé ne sont pas applicables à la responsabilité « de l'administration » (nous avons déjà annoncé la raison de nos guillemets). Mais, en réalité, poursuit l'auteur, il n'y a pas d'exception au principe parce que, *si le Conseil d'Etat applique la règle de responsabilité contenue dans l'article* 1384 *C. civ.*, IL N'INVOQUE PAS EXPRESSÉMENT CE TEXTE *à l'appui de sa décision* ».

Ici encore, il conviendrait de s'entendre. Il y a un instant, on nous opposait que la présence d'un visa était « sans conséquence », et voici maintenant, que, faute de cette présence, on décide qu'un article dont le contenu est appliqué sans que le numéro soit visé n'est « en réalité » pas appliqué !... Nous n'oserions nous permettre d'insister.

XV — Pour le couronnement du paradoxe, nous avons réservé ce point d'histoire législative : que, lors de la discussion, au Sénat, de la loi sur la réparation des erreurs judiciaires dans la séance du 2 mars 1894 (Revue Pénitentiaire, 1896, p. 4), le garde des sceaux lui-même, M. Antonin Dubost, insista *pour l'application de l'article* 1382. Comme Paris avait valu une messe, la restriction de la responsabilité de l'Etat au cas de la faute valait bien l'adoration d'un article brûlé vingt ans plus tôt (33).

Nous en avons fini — et puisse, sous le signe de l'arrêt *Dame Mélinette*, la science juridique française en avoir bientôt fini — avec les raisons *classiques* (avons-nous spécifié, *supra*, p. 215 et 216), de l'inapplicabilité des articles 1382 et suivants, spécialement de l'article 1384, à la responsabilité de l'Etat. *Reste la question* de savoir si ces raisons *classiques* sont *les seules* et si, au regard même du Code civil, les articles 1384 et suivants sont, quant à la respon-

(33) Que si l'on nous objecte qu'il s'agit de la responsabilité de l'Etat au titre du service public de justice judiciaire, nous répondrons *en demandant en quoi* l'argumentation pro-administrative touchant l'inapplicabilité du Code civil distingue ce service des autres.

sabilité civile de l'Etat pour les faits de ses agents, le seul — et même le véritable — *siège* de cette matière. C'est précisément à l'examen de cette question déjà amorcée (*supra*, p. 221) que nous arrivons.

SECTION II

LE SIEGE DE LA MATIERE

ARTICLE PRÉLIMINAIRE. — RETOUR AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX

OBJET ET DIVISION DE LA PRÉSENTE SECTION

Tels des criminels qu'on ne prend soin de protéger contre la foule que pour les mieux livrer à l'exécuteur, n'aurions-nous donc défendu les articles 1382 — ou, plus exactement, 1384 — et suivants, contre leurs adversaires, que pour les sacrifier à notre tour ? Aurions-nous, contre leur application à l'Etat, des objections plus décisives que ce que nous venons d'appeler : les raisons « classiques » ? Contre leur application, non pas certes, répondrons-nous, mais, en revanche, contre leur application *exclusive*. C'est ce que nous nous proposons maintenant de faire apparaître en établissant que ces dispositions *ne constituent pas le siège de la matière :* responsabilité civile de l'Etat.

A cet effet, il convient, simplement de nous reporter aux Sections III et V de notre Introduction.

Dans la Section III (34), nous nous sommes attaché à la différenciation de la responsabilité *d'après la nature du préjudice*, selon que ce dernier procède — ou non — du défaut d'exécution d'une obligation (35) préexistant au profit du demandeur et à la charge du défendeur en responsabilité — que la source de cette obligation soit contractuelle ou non, *peu importe*. Au préjudice procédant du défaut d'exécution d'une obligation préexistante, et pour lequel nous avons emprunté à Maurice Hauriou le qualificatif : « obligationnel », correspond la responsabilité que nous avons également appelée : « obligationnelle. » Au préjudice ne procédant pas du défaut d'exécution d'une obligation préexistante (contractuelle ou non) — et à ce préjudice seul (cf. *supra*, note 57 de la p. 31) — nous avons reconnu, comme à la responsabilité correspondante, la qua-

(34) *Supra*, p. 27 à 42.

(35) *Défaut d'exécution d'une obligation*, entendu par nous (v. *supra*, p. 40) comme une expression générique comprenant également l'excès d'exercice d'un pouvoir.

lité « délictuelle » (36). Et nous avons enregistré (37), la primauté de « l'obligationnel » sur le « délictuel », le « refoulement », commandé par la logique juridique, du régime de la responsabilité délictuelle par celui de la responsabilité obligationnelle.

Dans la Section V « *Responsabilité et garantie obligationnelles ou délictuelles dans le service* », nous nous sommes placé (*supra*, p. 50) dans l'hypothèse de la préexistence, entre le maître, défendeur, *Primus* et le demandeur *Tertius*, d'un « *champ obligationnel* », c'est-à-dire d'un *système d'obligations synallagmatiques* — toujours quelle que soit la source — contractuelle ou non peu importe — de ces obligations. Puis, nous avons observé (*supra*, *ibid.*) que, dans cette conjoncture, les divers préjudices susceptibles d'être causés à *Tertius* par le serviteur *Secundus* peuvent procéder (préjudice « obligationnel ») — ou non (préjudice « délictuel ») — du défaut d'exécution par *Secundus* d'une des dites obligations. Après avoir ensuite annoncé (p. 51, n. 115) que le cas nous intéressant particulièrement serait celui du système d'obligations synallagmatiques jouant entre la personne sociale et ses membres : les membres sociaux, nous avons précisé (*ibid.*) que, dans la conjoncture sociale susvisée, le membre social peut, de la part du corps social, éprouver des préjudices procédant — ou non — du défaut d'exécution d'obligations (contractuelles ou non, peu importe) du corps social envers le membre social.

Cela rappelé, nous consacrerons un premier paragraphe à l'existence, entre ce corps social : *l'Etat*, spécialement envisagé dans son activité administrative, et les membres sociaux : *les administrés*, d'un « champ obligationnel administratif » et à sa qualification juridique — puis un second paragraphe à la discrimination des diverses natures de préjudices générateurs de la responsabilité civile de l'Etat pour examiner les régimes correspondants de cette responsabilité. En un troisième paragraphe, nous conclurons.

(36) Exactement, les expressions : « responsabilité délictuelle », « responsabilité obligationnelle » sont les contractions elliptiques des expressions propres : « responsabilité *du préjudice* délictuel » et « responsabilité *du préjudice* obligationnel ».

(37) *Supra*, p. 34.

§ 1. — Existence et qualification juridique d'un « champ obligationnel (38) administratif » entre Etat et administrés

« Mercedem capiendo custodiam praestat ».
(Lib. 5, ad edict. provinc., D. 19, 2, Loc. cond.).

ARTICLE 1. — SON EXISTENCE

« *Nemo potest duobus dominis servire.* »
S. Matth., VI, 24.

Etant donné l'ensemble des trois personnes en cause *Primus* — le maître (Etat), *Secundus* — le serviteur (agent administratif), *Tertius* — le requérant (administré), il peut exister entre elles, au regard de la responsabilité civile de *Primus* envers *Tertius*, ce que nous avons appelé (*supra*, p. 51) un « triangle » de relations juridiques, un ensemble de trois systèmes, de trois « champs » obligationnels, savoir :

1° entre maître (Etat) et serviteur (agent administratif ou administration) ;

2° entre maître (Etat) et tiers (administré) ;

3° entre serviteur (agent administratif ou administration) et tiers (administré).

Quelles sont actuellement, au regard de la responsabilité civile de l'Etat et selon l'opinion juridique courante, les situations — les « cotes » — respectives de ces trois systèmes de relations ? Grâce :

— d'une part, à l'erreur généralement enracinée qui consiste à voir, dans le personnel au service d'une entreprise, des obligés *de la clientèle*, erreur que nous avons pris particulièrement à tâche de réfuter (39) ;

— d'autre part, à la confusion non moins répandue entre l'administration et l'Etat, confusion allant jusqu'à l'absorption de celui-ci dans celle-là, et que nous ne nous attacherons pas moins à dénoncer (40) ;

— enfin, à cette forme du « fétichisme de la source » exploitée par les adversaires de l'article 1384 en matière de responsabilité de l'Etat

(38) Champ *juridique* (v. *supra*, p. 50, n. 113) que nous précisons ici *obligationnel*, pour insister sur l'existence *contestée* des *obligations* administratives de l'Etat plutôt que sur l'existence *incontestée* de ses *pouvoirs* administratifs.

(39) Dans l'Appendice faisant suite au § III de la Section V de notre Introduction, *supra*, p. 96 et s.

(40) Cf. *infra*, Chapitre II, p. 280 et s.

et consistant à contester, avons-nous dit (*supra*, n. 24 de la p. 227), pour les agents de l'Etat, l'existence de la « préposition » prétendue subordonnée à l'existence d'un contrat, à la condition d'un choix, contrat et choix que l'on nie ;

la réponse à cette question est actuellement la suivante : le système de relations *entre Etat et administré* s'est *muté* en système de relations *entre agent administratif (ou administration) et administré* (41), cependant que *l'on s'hypnotise* sur le système de relations *entre agent administratif et Etat* (42) pour y « noyer » (43) le débat sur le jeu de l'article 1384 et de la compétence judiciaire à l'égard de l'Etat.

Quelles sont, au contraire, les trois « cotes » rationnelles? Celles-ci: *secundum subjectam materiam*, le système de relations *entre Etat et administré* est TOUT ; le système de relations *entre agent administratif et Etat* est *indifférent* ; le système de relations *entre administration — comme entre agent administratif — et administré*, juridiquement inexistant, n'est RIEN. Autrement dit : IL N'Y A D'OBLIGATIONS ADMINISTRATIVES DE L'ADMINISTRATION QU'ENVERS L'ETAT COMME IL N'Y A D'OBLIGATIONS ADMINISTRATIVES ENVERS LES CITOYENS QUE DE L'ETAT.

La justification de ces propositions ressortant des observations présentées il y a un instant, il nous reste à établir l'existence du système de relations juridiques du « champ obligationnel administratif » entre Etat et administré, existence qui nous paraît reposer, à la fois, sur des considérations d'ordre moral et de stricte logique juridique. Tel sera l'objet des développements suivants.

Il est, tout d'abord, un cas où l'existence d'une obligation de l'Etat et d'un droit de l'administré n'est, croyons-nous, ni contestable, ni contestée : c'est le cas du contrat — et c'est un maître du Droit public peu suspect de sympathie pour le contrat qui déclare :

(41) Contrairement à l'arrêt *Rothschild* (*supra*, p. 111), qui vise très correctement « les rapports... entre *l'Etat*... et les particuliers », l'arrêt précité (*supra*, p. 165) Civ., 30 déc. 1930, *Hospices civils de Reims* se réfère aux « droits et obligations respectifs des particuliers d'une part, *de l'administration et de ses agents* d'autre part... »

(42) Voire même (*cf. supra*, p. 221, n. 16) : entre agent administratif et « administration ».

(43) Cf. *supra*, n. 24 de la p. 227 *in fine*. A cet égard, la perfection nous est présentée par l'arrêt de conflit précité (*supra*, p. 219, n. 12 et 226) *Dugave et Bransiet*, qui ne prend en considération *que ce seul système* de relations comme « pouvant produire des conséquences juridiques entre les tiers et l'Etat ».

« Le caractère obligatoire des contrats de l'Etat est un fait qui s'impose à la conscience juridique moderne... personne ne nie aujourd'hui le caractère obligationnel des contrats faits par l'Etat » (44).

Or, les prestations *contractuelles* sont-elles *les seules* pouvant être fournies par l'administré à l'Etat en vue d'une *contre-prestation* de celui-ci ? Le prétendre serait perdre de vue que l'Etat, pas plus que n'importe quelle personne humaine, ne pouvant rien faire, ne peut rien donner — pour rien. A lui comme à quiconque, s'applique la formule : *Do ut des, ut facias*, formule d'obligation — *nous ne disons pas : de contrat* — synallagmatique. Encore une fois — et ce n'est pas nous qui le disons (45) : « L'ADMINISTRATION S'OBTIENT A PRIX D'ARGENT. » Ce n'est pas davantage nous qui définissons L'IMPOT *lato sensu* (impôt de l'argent, du sang, taxes) comme : LE PRIX DES AVANTAGES que l'on tire de l'organisation DES SERVICES PUBLICS (46). Ce n'est pas nous, enfin, qui observons que le droit du citoyen sur l'Etat est le droit « *de celui qui paye envers celui qui fait payer* » (47) (48).

(44) Léon DUGUIT, *Traité*, III, p. 434.

(45) Formule familière au regretté doyen M. HAURIOU, déjà citée par nous avec ses références (*supra*, p. 221).

(46) Définition signée de l'éminent doyen H. BERTHÉLEMY, *Traité élém. Dr. adm.*, 11e éd., 1926, p. 1035.

(47) R. ALIBERT, *Le Contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 103.

(48) Si nous prenons soin de ne parler ici qu'entre guillemets, c'est que nous avons conscience de nous heurter à la condamnation rituelle de « l'impôt échange » par des maîtres des plus illustres de la science : aussi bien financière, qu'économique et qu'administrative. Et pourtant... nous allions dire : « *e pur...* », si l'on examine attentivement les motifs de cette condamnation, peut-être n'apparaîtra-t-elle pas sans recours. Ces motifs peuvent, semble-t-il, être ramenés à deux.

I. Le premier consiste en la négation du « contrat fiscal » comme du « contrat social (E. ALLIX, *Traité élém. de Sc. des fin. et de Législ. fin.*, 6e éd., 1931, p. 446, 447). Cette objection nous fournit une fois de plus l'occasion de dénoncer le « fétichisme de la source » (Cf. *supra*, p. 27) sous la forme particulièrement fâcheuse de l'éternelle, de la néfaste, confusion entre *le contrat* et L'OBLIGATION, de « l'hypnose contractuelle », selon l'expression de DUGUIT (cf. *infra*, p. 241). C'est ici le lieu de nous référer à nos précédents développements sur ce point (v. *supra*, n. 79 de la p. 37), auxquels nous ajouterons seulement les explications suivantes. Tout le mal vient de ce qu'en disant « contrat d'échange », « contrat de vente », etc., on ne s'aperçoit pas que ce n'est là qu'une ellipse commode pour « contrat *d'obligation synallagmatique* d'échange, de vente, de location, etc. » Et, le jour où l'on s'en apercevra, on débarrassera la langue juridique, nous le répétons, de cette fâcheuse antinomie : « le contrat unilatéral », comme de cette non moins horrible tautologie : « contrat synallagmatique. » Spécialement, l'obligation synallagmatique d'échange peut être contractuelle, mais elle peut ne pas l'être — *et c'est précisément le cas de l'impôt :* l'obligation synallagmatique de vente, de location, peut être contractuelle mais elle peut ne pas l'être — et c'est le cas de l'expropriation, de la réquisition, qui, on le sait, peuvent, d'ailleurs, en cours de procédure, se teinter de contrat. Ce n'est pas parce qu'un

Soutiendra-t-on que les prestations non contractuelles fournies à l'Etat ne l'obligeront pas — parce que non contractuelles — à des contre-prestations correspondantes ? Alors que, comme on le sait,

échange, qu'une vente, qu'une location, sont forcés, qu'ils cessent d'être : échange, vente, location. Absolument comme l'existence d'un *contrat* social est tout à fait indifférente à celle d'un *système d'obligations* sociales synallagmatiques, *quelle qu'en soit la source*. Autant il est puéril de soutenir l'existence — autant il est oiseux de démontrer l'inexistence — d'un « *contrat* » social, dès l'instant que personne ne saurait contester l'existence d'une OBLIGATION sociale (ADDE : nos observations complémentaires sur ce point, *infra*, p. 246 et s.). Nous pousserons plus loin dans un instant, quant à l'obligation même.

II. La seconde objection formulée contre l'impôt échange, c'est le manque d' « équivalence, même approximative, entre la part d'impôts que verse chaque contribuable et la part de secours qu'il retire de l'Etat », c'est « que les classes non fortunées ont beaucoup plus recours à l'Etat que les classes riches (E. ALLIX, *op. cit.*, p. 448). Déjà au milieu du siècle dernier, le vice-président du Conseil d'Etat ESQUIROU DE PARIEU (*Traité des impôts*, t. I, 1852, note 1 de la p. 4) reprenait en ces termes PROUDHON sur son principe de « l'impôt-échange » : « *Sans refuser toute la vérité à cet aperçu sur la corrélation des impôts et des services publics*, il faut bien constater qu'en fait l'impôt, s'il est un échange, *est un échange* imposé par la Puissance publique, échange qui est souvent très avantageux, souvent très désavantageux aux contribuables, suivant le mérite véritable des ressources qu'il procure... Du reste, *si l'on doit rapprocher l'impôt de l'échange*, ou même du placement avantageux, comme on l'a dit aussi avec esprit, cela n'est vrai que de l'ensemble de l'impôt balancé avec l'ensemble des dépenses publiques ; dans le détail et dans les décomptes individuels, la balance de la cotisation de chacun avec les profits de chacun dans l'organisation précitée est à peu près impossible. » Un tel argument ne laisse pas de nous surprendre. N'est-il jamais arrivé à un grand chirurgien, à un grand avocat, de tenir généreusement compte, dans leurs fixations d'honoraires, de l'indigence de leurs clients ? Et combien de fois n'a-t-on, inversement, reproché à des commerçants de faire leurs prix d'après la « tête de l'acheteur » ? Bien mieux : la cotisation infime du jeune sous-lieutenant pour le cercle militaire dont il utilise en permanence tous les « services » et la cotisation élevée du général de division, qui « n'y met pas les pieds », cessent-elles, à cause de leur « manque d'équivalence même approximative » avec les services retirés — et les impôts de l'Etat cessent-ils à cause de leur « PRORATA » — de constituer des échanges ? ET QU'EST-CE QUE L'ETAT, SINON LE « CERCLE » NATIONAL DONT L'IMPÔT EST LA COTISATION ? « L'impôt est aujourd'hui une *cotisation* obligatoire », répondent MM. BOUCARD et JÈZE (*Elém. de la sc. des fin. et de la législ. fin. fr.*, 2e éd., 1901, p. 610). Or, obligatoire ou non (nous allons revenir sur ce point), quelle est la justification d'une cotisation, sinon *le droit du cotisant aux prestations en vue desquelles la cotisation est « imposée »* ? « L'impôt, écrit encore M. Paul LEROY-BEAULIEU n'est *pas seulement* un échange » — donc il est *d'abord* un échange. Le même auteur poursuit : « L'impôt est *le prix des services* que rend ou qu'a rendus l'Etat ; il représente, en outre, la part que chaque citoyen, par l'application du principe de la solidarité nationale, doit supporter dans les charges de toute sorte et de toute origine qui pèsent sur l'Etat » (*Traité de la sc. des fin.*, 7e éd., t. I. 1906, p. 151)... Vue d'économiste, nous objectera-t-on ? Voici donc celle d'un illustre et regretté maître du Droit public, Maurice HAURIOU : « *L'impôt est la contre-partie du service rendu au public* » (*Précis*, 11e éd., p. 16). Et voici, entre la *thèse* régnante et notre *antithèse*, la *synthèse* magistralement formulée par M. René DEMOGUE : « La personne morale administrative... DEVANT, en ÉCHANGE des impôts, *fournir aux administrés les*

les différentes doctrines actuelles du droit administratif communient (en opposition avec la doctrine civiliste) dans une même désaffection à l'égard de ce que l'illustre et regretté maître de l'une d'elles a appelé : « l'hypnose contractuelle » (49), n'ayant d'égale que leur commune déférence, nous venons de le noter, envers l'obligation contractuelle de l'Etat, laquelle de ces doctrines oserait-elle se contredire et pousser elle-même « l'hypnose contractuelle » *au point de ne reconnaître l'existence d'obligation de l'Etat qu'en présence et à raison d'un contrat ?* Laquelle de ces doctrines pourrait un seul instant songer à *subordonner l'existence de la* « NÉCESSITÉ COMPENSATOIRE INCLUSE DANS UNE PRESTATION » (50) *au caractère contractuel de cette prestation ?* Lorsque Léon Duguit consacre son magistral article précité à la négation absolue du caractère contractuel de la « situation juridique du particulier faisant usage d'un ser-

SERVICES *publics* gratuitement, à moins qu'une taxe spéciale n'ait été prévue, et cela en vertu d'une idée solidariste de mise en commun des dépenses sociales » (*Oblig.*, III, 1923, n° 19, p. 36). Sur la justesse — non seulement actuelle, mais croissante — de cette conception réaliste, voir enfin Milorad NEDELKOWITCH, *Etudes économiques et financières sur l'Etat*, Rev. de Sc. et de Législ. fin., 1923, p. 65. Peut-être nous sera t-il permis de conclure que la charte de la société-Etat en tant que « *conductor operis faciendi* », tient en cette formule de GAIUS, Lib. 5, *Ad edictum provinciale*, D. 19.2, *Loc. cond.*, 40 : MERCEDEM CAPIENDO CUSTODIAM PRAESTAT.

III. — Mais l'on insiste et l'on nous oppose (v. la citation ci-dessus du président ESQUIROU DE PARIEU) que le verbe propre ne serait pas : « *capiendo* » au sens de « *accipiendo* » où l'entend GAIUS. L'expression juste serait : « IMPONENDO », « EXIGENDO ». Nous en convenons. Mais on entend aussitôt que, dès lors « *mercedem* » doit à son tour céder la place à « TRIBUTUM » (même auteur, *op.* et *loc. cit.*, et p. 5). Or, ici, nous résistons — et nous dénonçons l'équivoque. Deux traits essentiels caractérisent le *tribut :* il est *imposé*, il est *inconditionné*. Et, parce que l'impôt est... *imposé*, on le prétend — comme le tribut — *inconditionné*. Or, ne venons-nous pas de reconnaître qu'il est conditionné par une « contrepartie » ? Dès lors, selon la propre expression de MM. BOUCARD et JÈZE (*loc. cit.*), « *l'impôt n'est pas un tribut* ». « L'impôt écrivait de même, tout récemment, la Fédération nationale des contribuables au président du Conseil, ne peut pas être *un tribut* mais *la rétribution* des services rendus par l'Etat aux citoyens » (Journal « Le Temps » du 16 févr. 1934). Ainsi « CONTRIBUTION » — même *non contractuelle-fiscale*, n'est pas TRIBUT, mais RÉTRIBUTION. Sur quoi, comme nous l'avions annoncé ci-dessus en fin de paragraphe I, nous allons plus loin. Nous demandons si, parce que la *contribution*, *parce que la* « cotisation » est *obligatoire* (v. *supra*, citation BOUCART et JÈZE), la *rétribution* ne l'est pas. Si celui qui reçoit, *par accord de volontés, le prix d'un service à me rendre, me doit ce service,* QUE DIRE DE CELUI QUI, D'AUTORITÉ, ME PREND CETTE SOMME D'ARGENT A CETTE MÊME FIN ? Ne faut-il pas répondre que, loin d'être — en l'absence de « contrat fiscal » — affranchi *a contrario*, il s'est doublement, il s'est A FORTIORI constitué mon débiteur : MERCEDEM EXIGENDO A FORTIORI SERVITIUM PRAESTAT ?

(49) Léon DUGUIT, *De la sit. jurid. des partic. fais. usage d'un serv. publ.*, Mélanges Hauriou, p. 255.

(50) Paul LOUIS-LUCAS, *Volonté et Cause*, Thèse Paris, 1918, p. 134, cf. *supra*, p. 12, n. 3.

vice public » (51), ce n'est que pour faire ressortir la non nécessité du contrat pour la génération, et, partant, pour l'existence d'une « loi du service », c'est-à-dire d'un lien synallagmatique, d'un champ obligationnel administratif (52). Au surplus, rien de plus facile que de passer, ici encore, du simple raisonnement à la contre-épreuve concrète des témoignages.

I. — L'arrêt *Rothschild*, auquel nous venons de nous référer (*supra*, p. 238, n. 41), fait état des « rapports qui s'établissent à l'occasion des services publics entre l'Etat, les nombreux agents qui opèrent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services » et des « OBLIGATIONS RÉCIPROQUES qui en doivent naître... »

II. — Nous avons également pris acte (*supra*, p. 220) de ce qu'aux termes des conclusions *Blanco* du commissaire du gouvernement David : « le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics est *obligatoire* ».

III. — Dans la 1re édition (1892) — que nous nous excusons de continuer à citer (53) — du *Précis* de Maurice Hauriou, on peut lire :

« *Les individus sont obligés juridiquement* envers l'Etat à certaines prestations ; *l'Etat est obligé juridiquement* envers eux à assurer certains services : OBLIGATION POUR OBLIGATION. »

IV. — Dans l'article donné par Léon Duguit : *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, dans la Revue du Droit Public, 1907, p. 411, à propos de l'arrêt Cons. d'Et., 21 décembre 1906, *Croix de Seguey-Tivoli :*

(51) Mélanges Hauriou, p. 253 et s. A ce sujet, doit être, toutefois, signalée une étude de M. Marcel WALINE : *De la situation juridique de l'usager du service public* (R. Crit., 1933, p. 239) dans laquelle l'auteur observe que « DUGUIT et M. JÈZE se font du contrat une conception arbitraire qui n'a jamais été celle d'aucun civiliste ». Avec une logique rigoureuse, et contrairement à L. DUGUIT (*op. cit.*), ce savant auteur établit (*op. cit.*, p. 241) « que la situation de l'usager du service public n'est pas toujours incompatible avec l'idée de contrat ».

(52) « Le dépôt d'une lettre affranchie dans une boîte postale entraîne *l'obligation* de la faire parvenir à sa destination.... (*op. cit.*, p. 273)... La loi (du SERVICE) s'applique, en même temps qu'à l'expéditeur, à l'administration... (p. 274) ».

(53) Peut-être nous le pardonnera-t-on si nous ajoutons que, dans la magistrale note *Lepreux* du regretté doyen (Cons. d'Et., 13 janv. 1899, S. 1900.III.1 ; N. A. H., I, p. 520), reparaît la même reconnaissance, entre « Administration » et administrés, des mêmes « obligations réciproques », des mêmes « droits et obligations... contre-partie les uns des autres » — et que la même idée inspire la conclusion de sa note sous Cons. d'Et., 30 juin 1922, *Lamiable*, S. 1922.III.26 ; N. A. H., I, p. 372.

« Si, par droit, on entend le pouvoir qui appartient à tout individu.., de vouloir avoir un effet juridique... on peut dire assurément qu'*à l'égard des services publics, le particulier a un droit.* »

V. — Dans sa Note sous le même arrêt (S. 1907.III.37 ; N. A. H., II, p. 28 et s.), Maurice Hauriou reconnaît, pour les particuliers, un « droit au bénéfice des services publics ».

VI. — Dans la même affaire, enfin, le commissaire du gouvernement Romieu demandait : « Quelles garanties la loi donne-t-elle à l'individu en présence d'un service public au point de vue *de la prestation à laquelle il a* DROIT ? »

C'est aussi M. Romieu qui, dans ses conclusions *Tomaso Greco*, Cons. d'Et., 10 févr. 1905, D. P. 1906.III.81, observait :

« Lorsque l'Etat appelle un homme sous les drapeaux une des *obligations* qu'il *contracte* (sans *contrat !*) (1) envers lui c'est de le soigner en cas de maladie. »

VII. — Dans le Manuel de *Droit administratif* de M. Félix Moreau, 1909, n° 117, p. 122 :

« La personne administrative est *tenue* de rendre à *chacun* de ses administrés les services en vue desquels elle a été instituée. »

VIII. — Dans un article de M. Joseph-Barthélemy : *Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire dans le Droit public*, Rev. Dr. Publ., 1912, p. 507 :

« L'affirmation *juridique* des *obligations* de faire ou de ne pas faire *à la charge de l'Etat* est une des caractéristiques du Droit public moderne. Les « *droits* du citoyen » correspondent à des *devoirs de l'Etat.* »

IX. — Nous nous bornerons ici à une simple mention pour les importantes conclusions *Grimaud* de M. le commissaire du gouvernement Rivet (Cons. d'Et., 20 mars 1926, cf. *supra*, p. 72, n. 187). posant la distinction, commandée par la logique juridique, entre les « *tiers* » et les « *usagers du service public* » et sur laquelle nous reviendrons bientôt (*infra*, p. 252 et n. 60).

X. — M. Paul Duez reconnaît, pour le « service », l'existence d'une « obligation d'agir » (R. P. P., p. 16).

XI. — Dans le *Précis de Droit administratif* de M. Roger Bonnard, 1926, p. 358, on pouvait déjà lire :

« Les particuliers sont dans une certaine *situation juridique* vis-à-vis des services publics c'est-à-dire qu'ils possèdent des *pouvoirs* et aussi des *devoirs* à l'égard du fonctionnement du service. C'est qu'en effet les services publics étant orga-

nisés en vue de donner satisfaction aux besoins des individus, ceux-ci *ne peuvent pas rester des tiers étrangers* (54) *à leur fonctionnement.* »

Mais, de cette pénétrante observation, le maître éminent du « Droit objectif » devait bientôt, en un savant article de la Revue du Droit public (1932, p. 695 à 728), s'élever à une proclamation, décisive autant que loyale, des « *Droits publics subjectifs des administrés* » comme impliqués par l'existence même de « l'Etat de droit ».

Et nous terminerons par une référence au Conseil d'Etat lui-même, qui coupe court à toute discussion.

XI. — Dans son admirable arrêt : 30 novembre 1923, *Couitéas*, le Conseil d'Etat considérait que :

« Le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire EST EN DROIT de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré » (55).

Il ne nous paraît pas nécessaire, pour la considérer comme acquise, de poursuivre plus longuement cette démonstration de l'existence,

(54) Ce point, capital à nos yeux, se trouve contesté dans les dernières éditions du *Précis* de Maurice HAURIOU (10e éd., 1921, p. 363 ; 11e éd., 1927, p. 302), où les administrés sont déclarés « tiers » au regard de l'entreprise administrative. Mais il convient d'observer que, dans la 1re édition (1892) comme dans ses notes *Lepreux* (1900) et *Lamiable* (1922), le savant auteur avait admis, nous venons de le voir au texte (citation III et la note 53, p. 242), l'existence d'obligations synallagmatiques entre Etat et administrés ; que, dans la 5e éd. (1903, p. 243), il allait jusqu'à voir, dans les administrés, des employés (!) de l'entreprise des services publics ; qu'enfin, dans sa note précitée, *Croix de Seguey-Tivoli* (citation IV) au S. 1907.III.37, il reconnaissait aux administrés des « droits aux bénéfices des services publics ».

D'autre part, M. HAURIOU estime (10e éd., p. 363) que « les principes de la gestion d'affaires ne jouent qu'au regard du *public*... entité collective... ». Qu'il nous soit permis, à cet égard, de nous référer précisément à l'opinion de ce... « public », exprimée par la presse. Dans un article du journal « Le Temps » du 3 avril 1928, page 1, col. 4, sous la signature « V », ont lit : « L'administration nous appelle le « public ». C'est de là que vient tout le mal... Supposez un instant que... l'Etat décide de remplacer le mot « public » par le mot « clients ». D'un seul coup, toute la situation est renversée sans qu'il soit possible de protester contre la justesse de cette désignation. L'honnête citoyen qui se présente dans un bureau de poste est bel et bien *un « client » qui vient faire une emplette dans un magasin de l'Etat*... Il aurait droit théoriquement à des égards supplémentaires puisque c'est *avec l'argent de ses contributions* que sont payés les employés qui vont avoir à le servir... ». L'administration n'est pas plus *un tiers* à l'égard de *l'Etat* qu'un *client* ne l'est à l'égard *d'un entrepreneur*, et c'est, croyons-nous, M. Roger BONNARD qui a raison.

(55) S. 1923.III.57 et note HAURIOU ; D. P. 1923.III.59 avec les conclusions du commissaire du gouvernement RIVET. Tels sont les ravages de « l'hypnose contractuelle », qu'on voit l'éminent magistrat et jurisconsulte gêné de « ne pouvoir faire revivre l'idée du *contrat* social » ! L'OBLIGATION sociale — quelle qu'en soit la source — ne suffit-elle donc pas ? De cette Carthage, dont nous ne sommes qu'un modeste Caton, qui sera le Scipion ?...

entre Etat et administré, d'une situation de relations juridiques obligatoires synallagmatiques, et particulièrement de ce que nous avons appelé un « champ obligationnel administratif » non seulement *contractuel* mais aussi — et surtout pourrons-nous ajouter — *non contractuel* (56).

ARTICLE 2. — LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU CHAMP OBLIGATIONNEL ADMINISTRATIF

Si nous tenions à déterminer la qualification juridique — civile, nous précisons — du système des obligations administratives de l'Etat (n'oublions pas ces deux derniers mots : « de l'Etat ») envers les particuliers, il nous paraîtrait encore tout indiqué de recourir une fois de plus à cette impérissable — et irrécusable — lumière : la pensée juridique de celui qui fut un représentant illustre entre tous de la science du droit administratif et *de la thèse de la compétence*

(56) Nous ne pensons pas que, contre cette existence de « droits du citoyen » à *une certaine mesure* (nous le répétons) d'exécution et de correction des services publics « créés et fonctionnant pour lui » (Louis ROLLAND, *Précis de Dr. adm.*, 1932, n° 291, p. 198) — « *pour* lui », mais aussi ajouterons-nous PAR lui, *par son argent* (*pro ut pars*, c'est entendu) — puisse être objecté ce fait, d'ailleurs exact, que le dit citoyen, le dit administré « n'est pas dans la situation d'un créancier qui, ayant droit à certaines prestations, pourrait faire condamner la personne morale sa débitrice *à organiser*, *à faire fonctionner* des services... » et qu'il n'y a « rien de comparable à ce qui se passe dans les relations entre deux personnes, dont l'une s'étant engagée à fournir une certaine prestation peut se voir condamnée à satisfaire à son obligation sous peine d'astreinte » (Louis ROLLAND, op. cit., n° 292, p. 199). D'abord, l'existence d'une obligation n'est pas subordonnée, et c'est ce qui nous importe, à la possibilité de son exécution directe, matérielle, sous peine d'astreinte, pas plus que par la force (M. Louis ROLLAND admet quelques lignes plus loin la reconnaissance d'un « droit ») et nous ne voyons pas en quoi cette circonstance serait de nature à influer sur le régime — fond et compétence — de la réparation du défaut d'exécution. Et puis, cette prétendue différence *est-elle bien certaine?* Ce n'est pas, que nous sachions, spécialement et exclusivement à l'usage de l'administration qu'a été formulée la règle : « NEMO PRAECISE COGI POTEST AD FACTUM ». Certes, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour restreindre le jeu de cette maxime au cas d'un obstacle légitime, d'ordre matériel ou moral. Mais la Cour de Cassation interprète les termes de l'art. 1142 C. civ. par une *présomption d'impossibilité* (P. R. E., *Oblig.*, II, n° 780, p. 76, 77). Or, comment cette présomption ne se justifierait-elle pas à l'égard de l'administration, sauf pour le requérant à rapporter la preuve d'un refus arbitraire, auquel cas l'Etat (représenté soit par le Conseil d'Etat, soit par le Parlement, soit par une manifestation de l'opinion publique, telle que la presse) ne manquerait pas de rappeler à l'administration — qui n'est pas l'Etat — que la fantaisie d'un tel excès de pouvoir ne saurait être admise. En tout état de cause, cette impossibilité de contraindre l'administration à faire n'a rien, nous le répétons, de spécifiquement propre au droit administratif et ne saurait, en aucune manière, constituer une objection contre l'existence d'un système d'obligations administratives de l'Etat envers les administrés considérés individuellement.

administrative, Maurice Hauriou. A l'aurore même de son enseignement, le regretté maître de Toulouse s'attache à dégager le type juridique du système de relations entre le corps et les membres de la société-Etat. Quelques lignes avant le passage précité (*supra*, p. 242) de la 1re édition de son *Précis* (p. 69), on lit :

« Il y aurait, semble-t-il, un bien meilleur fondement (que le quasi-délit) à donner à la responsabilité (de l'Etat) dans l'hypothèse d'un service mal organisé il faudrait reconnaître qu'elle est *quasi-contractuelle.* »

Puis, dans la 5e édition (1903, p. 245) et surtout dans la 6e (1907, p. 465, 475, 488) la qualification « quasi-contractuelle » se précise en « gestion d'affaires » et demeure telle dans les éditions suivantes. A la vérité, nous avons dû noter (*supra*, p. 244, n. 54) que, dans les dernières, M. Hauriou n'admettait plus la gestion d'affaires qu'à l'égard du « public » *ut universitas*. Mais, dans les éditions que nous venons de citer, le savant auteur présentait expressément cette gestion d'affaires comme fondement de la responsabilité, donc individuelle comme celle-ci, et c'est également, nous l'avons aussi noté (*ibid.*), la conclusion expresse de sa note *Lamiable* de 1922 (57).

On aperçoit d'ailleurs, immédiatement, le fondement philosophique de cette conception de technique juridique, si l'on se rappelle que le « quasi-contrat social » fut une des idées maîtresses d'Alfred Fouillée. C'est même un « contrat » social que celui-ci voyait dans l'adhésion des membres, en posant ce qu'on devait bientôt appeler le « contrat d'adhésion » (58).

Plus près, croyons-nous, de la réalité, l'auteur d'une thèse témoignant d'une remarquable élévation de pensée : M. Maurice Gand (59), observe très justement :

« Les hommes que les circonstances ont groupés *se trouvent tout de suite, indépendamment de toute délibération et de tout assentiment*, au point où, quand il s'agit d'une société volontaire, les contractants *se trouvent après la convention.* Le *but* est fixé, les *apports* sont déterminés ou déterminables, les *engagements* sont inéluctables... C'est une *société nécessaire*... »

« ...Cette conception (la société « nécessaire » dont il vient d'être question) présente, *en fait*, quelque analogie avec le quasi-contrat. Dans l'un et l'autre cas, nous sommes en présence D'OBLIGATIONS résultant du fait même de la réunion

(57) « C'est assurément un grave sujet de réflexion que de savoir si toute la théorie de la faute de service *ne trouverait pas un meilleur fondement dans la responsabilité quasi-contractuelle de la gestion d'affaires* que dans la responsabilité quasi-délictuelle » (N. A. H., I, p. 572).

(58) A. FOUILLÉE, *La Science sociale contemporaine*, 1885, p. 10 ; *Les éléments sociologiques de la morale*, 1905, p. 309 : « contrat *implicite.* »

(59) *Du délit de commission par omission*, Paris, 1900, p. 82.

de plusieurs individus en société, mais, ici (quasi-contrat), ces obligations ont leur fondement juridique dans une présomption de consentement ; là (société-Etat), elles découlent *de la nature même de l'homme*, de la fin qu'il poursuit... »

Et cette observation sur la contingence *philosophique* de la conjoncture quasi-contractuelle, aussi bien que contractuelle, nous amène — nous ramène (cf. *supra*, p. 239, n. 48) — à notre propre position, qui est celle de la contingence *juridique* de la conjoncture quasi-contractuelle, aussi bien que contractuelle. Quels que soient, en effet, le poids et le prix de notre référence à l'œuvre de Maurice Hauriou, quelle que puisse être la justesse juridique de la détermination — par un des plus illustres défenseurs de la compétence administrative — de *ce point d'insertion de la responsabilité civile de l'Etat dans le droit civil de la responsabilité*, est-il indispensable de s'y tenir ? Cette apposition de l'étiquette « quasi-contrat » sur le champ obligationnel en question est-elle la condition de l'emprise du droit civil de la responsabilité sur la responsabilité civile de l'Etat ? Nous ne le pensons pas et en voici nos raisons.

Encore que nous étant nous-même rangé — non sans quelque audace — parmi les défenseurs de ce concept juridique si décrié du « quasi-contrat » (60), nous ne croyons pas que son intervention s'impose, pas plus que nous ne croyons (cf. *supra*, p. 235 et s.) que, pour la qualification juridique civile d'un genre de responsabilité procédant du défaut d'exécution d'une obligation, doive intervenir la considération *de la source* de cette obligation (61). Ce qui importe, c'est de savoir si le préjudice consiste — ou non — en le défaut d'exécution d'une obligation *quelle qu'en soit la source* (contractuelle, quasi-contractuelle, légale, ou prétorienne). Dans le premier cas, la responsabilité doit être dite : *obligationnelle* quel que soit *le mode générateur* de l'obligation ; dans le second cas où le préjudice consiste en l'atteinte à un droit autre qu'une créance d'obligation juridique, la responsabilité doit être dite *délictuelle*. C'est précisément à l'examen de ces deux natures de préjudice et des deux régimes correspondants de la responsabilité de l'Etat que nous devons maintenant procéder.

(60) Dans notre article précité sur la *Logique de l'obligation* (R. G. D. L. J., 1908, p. 434 et s.).

(61) La jurisprudence judiciaire admet, en matière de responsabilité contractuelle (cf. Lyon, 7 déc. 1928, D. P. 1929.II.17) des contrats « *innomés* » — auxquels nous préférons des OBLIGATIONS innomées.

§ II. — Les natures de préjudices générateurs — et les régimes correspondants — de la responsabilité de l'Etat

ARTICLE 1. — LES NATURES DE PRÉJUDICES GÉNÉRATEURS DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT

Ainsi que nous l'avons constaté dans notre Introduction (*supra*, p. 27) la doctrine et la jurisprudence civilistes distinguent deux natures de préjudices et deux régimes correspondants de la responsabilité, savoir : préjudice et responsabilité *contractuels* — préjudice et responsabilité *délictuels*. Nous savons aussi que l'accord est unanime pour classer dans la catégorie *contractuelle* le préjudice et la responsabilité procédant du défaut d'exécution d'une *obligation contractuelle*, et dans la catégorie délictuelle le préjudice et la responsabilité *ne procédant pas* du défaut d'exécution *d'une obligation* (*quelle qu'en soit la source*) — mais que le désaccord surgit (cf. *supra*, p. 31 et n. 57) lorsqu'il s'agit du préjudice et de la responsabilité procédant du défaut d'exécution d'une *obligation non contractuelle*. Sous l'influence de l' « hypnose contractuelle » (cf. *supra*, p. 241), de savants auteurs confondant *le contrat* avec *l'obligation* et, partant, *l'absence de contrat avec l'absence d'obligation*, déclarent *délictuels* le préjudice et la responsabilité procédant du défaut d'exécution *d'une obligation non contractuelle* (62). En revanche, d'autres représentants, non moins qualifiés, de la doctrine en cette matière, reculant à juste titre devant le paradoxe d'un tel classement, devaient, en l'état actuel de la question — nous n'oserons dire : de la science juridique — se résoudre à ranger sous l'étiquette *contractuelle* le préjudice et la responsabilité « résultant de la violation d'une obligation conventionnelle *ou légale* (!) » (cf. *supra*, n. 57 de la p. 31).

C'est à cette impasse que notre théorie de *l'indifférence de la source* — laquelle, au regard du principe de la responsabilité, n'est RIEN alors que l'obligation est TOUT — *offre une issue*. Dans cette conception, ce qui importe, ce n'est pas la préexistence ou l'absence d'un *contrat*, mais d'une *obligation*. Pour nous, la distinction entre la responsabilité *délictuelle* excluant la préexistence *de toute espèce*

(62) De même, l'arrêt Civ., 6 avril 1927, S. 1927.I.201, disposant « que les articles 1382 et s. C. civ. sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation *résultant d'un contrat* ». Nous nous permettrons de penser que les quatre derniers mots : « résultant d'un contrat » *sont de trop*.

d'obligation et la responsabilité *contractuelle* impliquant la préexistence d'une *obligation contractuelle* N'ÉPUISE PAS LA MATIÈRE : reste la conjoncture de la *préexistence d'une obligation non contractuelle*, c'est-à-dire : *unilatérale*, ou *quasi-contractuelle*, ou *légale* (telle que l'obligation de sécurité du patron), ou PRÉTORIENNE (telle que l'obligation de sécurité imposée par la jurisprudence judiciaire au transporteur, à l'hôtelier, au tenancier de jeux forains, etc.) (63). Dès lors, réservant strictement — et correctement croyons-nous — la qualification *délictuelle* au préjudice et à la responsabilité *excluant* la préexistence de *toute espèce d'obligation*, nous avons compris, dans la qualification *obligationnelle*, le préjudice et la responsabilité impliquant la préexistence de quelque espèce d'obligation que ce soit.

Cela posé, si, de la responsabilité *en général*, nous passons à la responsabilité *de l'Etat*, voici ce que, dans le même ordre d'idées, nous constatons. Si, pour l'honneur juridique de la jurisprudence — et surtout de la doctrine — administratives, a été reconnue (cf. *supra*, p. 242 et s.) la préexistence, entre Etat et administré, d'un champ obligationnel synallagmatique et spécialement la préexistence d'un système d'obligations administratives de l'Etat, *la conséquence logique* de cette reconnaissance quant au classement du préjudice et de la responsabilité *n'a pas été tirée*. On en est resté : non seulement à considérer comme *délictuelle* (64) la responsabilité de l'Etat lorsqu'elle n'est *pas contractuelle*, mais à comprendre, dans cette responsabilité dite délictuelle, les préjudices procédant *du défaut d'exécution d'une obligation administrative de l'Etat*, d'un « *breach of duty* », envers le requérant (65). A TEL POINT QUE, LORSQU'IL S'EST AGI DE DÉMONTRER QUE LE DROIT CIVIL N'EST PAS APPLICABLE A LA RESPONSABILITÉ CIVILE NON CONTRACTUELLE DE L'ETAT, ON S'EN EST PRIS UNIQUEMENT, NOUS L'AVONS VU, A LA SÉRIE DES ART. 1382 ET S., SPÉCIALEMENT : 1384. A la vérité, nous avons déjà signalé l'apparition, dans le vocabulaire doctrinal administratif, de l'adjectif « extra-contractuel » (66) et la très grande habileté verbale dont il

(63) Cf. *supra*, p. 50, n. 114 et *infra*, p. 348, n. 51 et 52.

(64) Nous entendons toujours « délictuel » au sens générique comprenant « quasi-délictuel ». Cf. *infra*, p. 352, n. 66.

(65) C'est ce qu'a fait précisément le Tribunal des Conflits en matière de responsabilité télégraphique dans la série de ses arrêts précités : *Godart*, *Rimbaud*, etc. (v. *supra*, p. 37 et 99). Quant au Conseil d'Etat, c'est la responsabilité contractuelle elle-même qu'il a traitée en responsabilité délictuelle dans son arrêt *Cie comm. de colon. du Congo français*, 12 févr. 1909, Rec. 153 (cf. *infra*, p. 357, n. 86 et 374, n. 144).

(66) Cf. *supra*, p. 28, n. 46 ; p. 74, n. 190.

témoigne. Mais, d'abord, l'emploi de ce vocable, venant consommer le triomphe du contrat comme chef de distinction de la responsabilité par sa présence ou son absence, apparaît comme un *fâcheux phénomène d' « hypnose contractuelle »*. Ensuite — et surtout — il présente, du point de vue de la logique — et partant de la correction — juridiques, le très grave inconvénient *d'associer* au régime *délictuel* (préjudice et responsabilité ne procédant pas du défaut d'exécution d'une obligation administrative de l'Etat envers le requérant), le régime *obligationnel* (préjudice et responsabilité provenant du défaut d'exécution d'une obligation administrative non contractuelle de l'Etat envers le requérant), alors *qu'au contraire*, cette dernière conjoncture doit être associée à celle du préjudice et de la responsabilité provenant d'une *obligation contractuelle* de l'Etat puisque la conjoncture *obligationnelle contractuelle* n'est qu'un *cas particulier* de la conjoncture *obligationnelle tout court* comme le *contrat n'est qu'une espèce du genre : source*. LE FOSSÉ NE SE TROUVE PAS (v. *supra*, p. 33) ENTRE : « CONTRACTUEL » ET « EXTRA-CONTRACTUEL » MAIS ENTRE : « OBLIGATIONNEL » (CONTRACTUEL OU NON) ET DÉLICTUEL.

Ainsi, l'Etat et l'administré n'étant pas deux *étrangers juridiques*, l'administré n'étant pas *un tiers* au regard de l'activité administrative de l'Etat, LE SIÈGE, DANS LE DROIT CIVIL, DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT ENVERS L'ADMINISTRÉ A RAISON DES FAITS D'AGENTS ADMINISTRATIFS N'EST PAS LA SÉRIE DÉLICTUELLE DES ARTICLES 1384 ET SUIVANTS. Est-ce à dire que, entre Etat et administrés, le jeu de ces dispositions soit *absolument* écarté ? C'est à cette question que nous avions la pensée de répondre *dès notre Introduction par le prologue de la Section V* (p. 50) *et surtout par notre note* 115 *de la page* 50, en observant, comme nous l'avons rappelé au début de la présente Section (*supra*, p. 236), que l'administré peut éprouver de la part de l'Etat, ou plus exactement du fait de ses agents administratifs, des préjudices procédant — *ou non* — du défaut d'exécution d'obligations administratives de l'Etat envers le dit administré *ut singulus*. Et c'est ce qu'il convient maintenant de préciser.

Nous reportant, à cet effet, au fondement juridique par nous reconnu (*supra* p. 238 à 242) des obligations administratives de l'Etat, nous observerons, d'abord, que les prestations fournies par l'administré à l'Etat peuvent l'être — ou non — en vue d'une contre-prestation *déterminée*. Considérant la première hypothèse, nous constaterons que l'obligation de l'Etat à une contre-prestation déterminée peut être contractuelle — *ou non*. Le premier cas n'appelle ici aucune observation. Le second est le cas dit : de la « taxe »

payée par l'administré en vue de « *l'usage* » d'un service public déterminé et avec affectation à ce service, dont il se trouve ainsi « *usager* » *individuel* et, préciserons-nous : *à titre particulier* (67). Et ces deux conjonctures *obligationnelles* : l'une *contractuelle*, l'autre *non contractuelle* — toutes deux *espèces* du *genre : obligationnel* — sont *tellement voisines*, que Léon Duguit n'a pas dédaigné, nous l'avons vu (*supra*, p. 241, et n. 49) de consacrer, dans les Mélanges Hauriou, une magistrale étude à leur *différenciation* par la preuve de la nature non contractuelle de la « situation juridique des particuliers faisant usage d'un service public », alors que, dans un récent article de la Revue du Droit Public sur le même objet, M. Marcel Waline (*supra, ibid.*) s'est, au contraire, attaché à établir « que la situation de l'usager du service public n'est pas toujours incompatible avec l'idée de contrat ». Il nous sera permis d'enregistrer cette précieuse justification de notre précédente proposition que (*supra*, p. 250) le fossé ne se trouve pas — où on l'a cru et voulu voir jusqu'à présent — entre « contractuel » et « extra-contractuel » mais entre « obligationnel » (contractuel ou non) et délictuel.

Si nous passons, maintenant, au cas de la prestation de l'administré *sans affectation*, c'est-à-dire de « l'impôt », nous dirons qu'à l'égard des services publics ainsi alimentés, l'administré prestataire de l'impôt est encore un *usager* et même *individuel*, mais ici *à titre général*. Et, ici encore, le préjudice et la responsabilité pouvant procéder, pour l'administré, du défaut d'exécution de l'obligation administrative afférente à l'un des services de cette catégorie, relèvent de même du régime : non *délictuel*, mais *obligationnel*. Il importe seulement — et précisément — que ce soit bien en qualité *d'usager* c'est-à-dire *par l'utilisation* même du service auquel se rapporte le préjudice. C'est bien *comme usager* qu'un fumeur serait victime d'un produit toxique contenu dans le tabac, et c'est *comme usagers* que les habitants d'une rue seraient victimes d'une omission ou d'une malfaçon systématique du service de nettoiement, constituant *un breach of duty* administratif. Mais ce n'est pas, apparemment, en qualité d'usagère du service des tabacs que la jeune Agnès *Blanco* a été blessée par le wagonnet de la manufacture, ni en qualité d'usager du service des aliénés que le sieur *Feutry* a vu

(67) Sur cette distinction entre l'impôt » *stricto sensu*, et la « taxe », cf. Edgard Allix, *Traité de sc. et de législ. fin.*, 6e éd., 1931, p. 449 ; Louis Trotabas, *Précis de sc. et de législ. fin.*, 3e éd., 1933, p. 138.

ses meules incendiées (68), ni en qualité d'usagère du service de nettoiement que la dame *Mélinette* a été blessée par le camion de la ville. Dès lors, quelle sera la nature de cette espèce de préjudice ne procédant pas du défaut d'exécution d'une obligation administrative de l'Etat spécialement envers la victime ? *Délictuelle.* De quel régime de responsabilité ce préjudice sera-t-il générateur ? *Délictuel.*

Comme nous l'avions annoncé au début du paragraphe précédent (*supra*, n. 35 de la p. 235), nos regards se sont jusqu'à présent fixés sur la partie du champ juridique entre citoyen et Etat qui correspond aux *obligations administratives de l'Etat* envers le particulier. C'est à cet égard que le citoyen est USAGER RÉTRIBUTEUR et, partant, CRÉANCIER *d'une obligation de prestation de service.* Pour la partie du dit champ juridique qui correspond aux *pouvoirs administratifs de l'Etat* à l'égard du particulier, celui-ci apparaît corrélativement en tant que SUJET TRIBUTAIRE de ces pouvoirs.

Ainsi l'activité — ou l'inactivité — nocives des agents administratifs de l'Etat peuvent atteindre un administré : soit, d'une part, comme *tiers ;* soit, d'autre part, comme « *usager* » *rétributeur d'un service* administratif — ou comme *sujet tributaire d'un pouvoir* administratif — *de l'Etat* (69).

Il nous reste à déduire de ces données, pour les divers régimes de la responsabilité civile de l'Etat, les points correspondants d'insertion dans le droit civil de la responsabilité et les conséquences en résultant pour la compétence.

(68) Au contraire, c'est en qualité d'usagère — par et pour son mari — du service public des Hospices de Montpellier, que la dame *Vve Brun* (arrêt précité Civ., 28 mars 1934, *D. H.*, 1934, p. 268) demandait réparation du préjudice à elle causé par la mort de son mari dans un incendie par lui-même allumé dans la cellule où il était interné pour aliénation mentale (*supra*, p. 166, n. 74).

(69) La distinction entre *tiers* et *usager* a été, nous le savons, formulée par M. le commissaire du gouvernement RIVET dans ses magistrales conclusions (*Gri-maud* (Cons. d'Et., 20 mars 1926. *Rev. Dr. Publ.*, 1926, p. 260). ADDE : Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 30 et *supra :* notes 85 de la p. 41 ; 115 de la p. 51 ; 169 de la p. 67 ; 187 de la p. 72 ; p. 89. Avec la qualité d'*usager* nous *articulons* celle de *sujet.* Par ce complément d'analyse, nous nous sommes proposé d'apporter une contribution utile à l'exploitation du concept dégagé par le savant magistrat administratif.

Par ailleurs, doit-on souscrire à la critique ainsi formulée dans une note d'un haut

ARTICLE 2. — LES RÉGIMES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT ET LEURS POINTS D'INSERTION DANS LE DROIT CIVIL DE LA RESPONSABILITÉ

De la conclusion même de l'article précédent, il ressort que la responsabilité de l'Etat se présente en deux régimes : *obligationnel* et *délictuel*, avec sous-distinction du régime obligationnel en régime obligationnel *contractuel* et obligationnel *non contractuel*. Reprenant l'ordre adopté dans notre Introduction pour l'étude de la responsabilité — ou plus exactement de la GARANTIE — dans le service *en général*, nous examinerons, pour la responsabilité dans le service *public*, d'abord le régime *délictuel*, puis, par déférence pour la tradition, le régime (obligationnel) *contractuel*, et enfin le régime *obligationnel non délictuel*. Tels seront les objets respectifs des trois numéros suivants.

N° 1. — Le régime délictuel

D'une part, le régime délictuel tel que nous l'avons défini, c'est-à-dire celui du préjudice et de la responsabilité ne pouvant être considérés comme procédant du défaut d'exécution d'une obligation du maître du service envers le tiers demandeur en responsabilité, relève, en droit général, des articles 1382 et suivants, spécialement l'article 1384. D'autre part, des conclusions de la Section I du présent Chapitre, il est ressorti qu'aucune des objections *classiques* élevées contre l'application de ces dispositions à l'Etat n'est décisive. *L'obstacle existe bien*, mais cet obstacle — *le seul* — n'a *rien de commun* avec ces objections : c'est, avons-nous observé (*supra*, p. 238, n. 41 et p. 242-I), le bon argument de l'arrêt *Rotschild, c'est la préexistence, entre l'Etat et l'administré, d'un* intérêt donnée par M. Ch. ROUSSEAU sous l'arrêt Cons. d'Et., 16 mai 1930, *Lussagnet* au S. 1930.III.73 : « Cette discrimination (entre tiers et usagers), admissible pour la plupart des services publics, s'applique mal à notre espèce car on ne voit pas bien comment on pourrait circuler sur une route sans être un usager de la voie publique ? » En vérité, nous ne voyons pas bien nous-même pourquoi il faudrait pouvoir circuler sur une route sans en être usager. *L'un est synonyme de l'autre*. Mais nous voyons très bien qu'on puisse être blessé par un arbre de la route (cas de l'espèce) sans se voir opposer la qualité d' « usager retirant un bénéfice de l'ouvrage » selon les expressions mêmes de M. RIVET : il suffit que ce soit en circulant dans le terrain limitrophe !...

champ obligationnel et spécialement d'un système d'obligations administratives de l'Etat envers l'administré AVEC LA CIRCONSTANCE QUE LE PRÉJUDICE INCRIMINÉ PROCÈDE DU DÉFAUT D'EXÉCUTION D'UNE DE CES OBLIGATIONS. Dès lors que nous nous plaçons — avec le préjudice délictuel — *en dehors de cette circonstance*, DISPARAÎT L'UNIQUE MOTIF D'EXCLUSION *de la série des articles* 1382 *et s.*

Conclusion : Dans ce cas de la responsabilité *délictuelle*, dont l'espèce type est, nous venons de le noter (*supra*, p. 251), L'AFFAIRE BLANCO, *le régime de la responsabilité civile de l'Etat est celui de l'article* 1384 *du C. civ.* (70), dont la prétendue inapplicabilité ne saurait, dès lors, en aucune manière, constituer un argument contre la compétence judiciaire.

(70) Bien que l'objet de notre discussion soit la question de *compétence*, et que nous nous croyions autorisé à considérer, sur ce point, la cause comme entendue, et bien que nous ayons, d'ailleurs, avec un développement ayant pu — *a priori* — paraître excessif, tenté, dans notre Introduction, une mise au point de la question de *fond*, c'est-à-dire du régime délictuel de la « responsabilité dans le service » — public comme privé — (cf. *supra*, p. 52 et s.), nous en résumerons ici l'essentiel en rappelant ce qui suit :

1° La prétendue *responsabilité* délictuelle de l'Etat — comme de tout maître de service — à raison de l'activité du personnel à son service, est, en réalité, une GARANTIE et le fondement n'en est : *ni* la « faute de l'Etat » *ni*, même, celle du personnel à son service ; cette garantie incombe à l'Etat parce qu'elle est la CONTREPARTIE de sa *double* supériorité *de puissance* par rapport à une personne quelconque : puissance de *maître d'un service* et puissance de *souverain garant de la paix sociale par la sécurité* (v. *supra*, p. 58).

2° Les conditions du jeu de cette garantie sont, en service privé (*supra*, p. 60) au nombre de deux *et deux seulement ;* **a)** existence, *entre le défendeur en responsabilité et l'agent du préjudice*, de la *relation de service* — **b)** existence, *entre le préjudice et le service, d'une relation de causalité*, soit efficiente, soit au moins conditionnelle, c'est-à-dire *telle que le fonctionnement ou, tout au moins, l'existence du service apparaisse au juge comme cause efficiente ou, tout au moins, condition du préjudice.* Or, nous savons (cf. *supra*, p. 61 et s. ; p. 227 et n. 22, 23, 24 ; 322, n. 166-3°) que l'existence du lien de service aux termes de l'art. 1384 n'implique *ni* « contrat », *ni* « choix », contrairement à l'opinion des adversaires du jeu de l'application de ce texte à l'Etat. Dès lors, la première condition : *lien de service*, étant remplie dans l'hypothèse où le préjudice est l'œuvre d'une personne au service de l'Etat, le droit à réparation reste seulement subordonné, selon l'expression même de M. Félix MOREAU (*Droit adm.*, 1909, n° 458, p. 648), à « *la relation du préjudice avec un service public* », relation causale ou même simplement *conditionnelle*, comme nous venons de le rappeler, et selon les explications de nos notes 152 de la p. 62 et 153 de la p. 63. Ainsi, l'application de l'art. 1384 à la responsabilité civile délictuelle de l'Etat, *c'est* (v. *supra*, p. 63 ; 77 et s. ; *infra*, p. 144) LA SUPPRESSION *de la* DOUBLE *condition :* FAUTE — *et faute* FONCTIONNELLE. C'est, en un mot et à la fois, l'application de la théorie — mal — dite (cf. *supra*, p. 24 ; 25 et n. 41) ; du « RISQUE » et de la théorie du « CUMUL »... Et, en vérité, faut-il chercher ailleurs les *vraies* raisons de l'opposition au jeu de l'art. 1384, opposition dont les raisons *classiques* que nous avons discutées n'apparaissent plus dès lors que comme des *prétextes* (v. *supra*, p. 77 et s. ; *infra* ADDENDA, p. 481) ?

N° 2. — Le régime contractuel

Si un concept appartient bien au droit civil, et spécialement au droit civil de la responsabilité, c'est bien le *contrat*. De plus, le principe civil est (*supra*, p. 28) que *toute obligation* (en particulier toute obligation contractuelle, ajouterons-nous) *impliquant un statut de la réparation des conséquences juridiques de son défaut d'exécution, cette réparation d'un tel préjudice est soumise au régime spécial de ce statut*. Dès lors, et à moins de désavouer ce principe quand il s'agit de la responsabilité contractuelle de l'Etat, ce qui paraît difficile, il faut bien reconnaître que l'ostracisme prononcé contre l'application du droit civil à la responsabilité délictuelle de l'Etat ne se conçoit même plus à l'égard de la responsabilité contractuelle. Donc, ici, l'argument de fond contre la compétence judiciaire s'évanouit.

A la vérité, l'on observe que les contrats *passés par l'administration* (71) peuvent contenir des « clauses spéciales exorbitantes du droit commun » (72). L'existence de telles clauses est présentée comme nécessaire et suffisante pour rendre « administratif » un contrat et pour justifier la compétence administrative alors qu'en leur absence, le contrat *de l'administration* n'étant *pas administratif*, la compétence ne l'est pas davantage (v. notre avant-dernière note). On reconnaît, dans sa pure expression, la théorie de la « gestion privée ». Nous lui avons déjà opposé (note de la p. 181 *in fine*) — et nous maintenons — que, si de la nature du contrat en cause pouvait être déduite — ce dont nous persistons à douter — une conséquence de compétence, ce serait exactement l'inverse : jeu de bascule entre les deux éléments de la double prérogative adminis-

(71) En vertu d'une de ces subtilités conférant au Droit administratif un ésotérisme érigé en « autonomie », il faut se garder de confondre contrat « *de l'administration* » et contrat « *administratif* », puisqu'il paraît que certains contrats passés *par l'administration*, *pour l'administration* même des services publics *administratifs*, ne sont pas « à proprement parler » des contrats *administratifs* (v. J. Appleton, *Traité*, n° 59, p. 121) ! — *de même qu'il fut imaginé en* 1840 (v. *supra*, p. 157) qu'un acte *de l'administration*, *pour l'administration* du domaine privé de l'Etat n'est pas « à proprement parler » un acte *d'administration*. C'est l'argutie verbale — et paradoxale — par laquelle on pense expliquer « la part du feu » (v. *supra*, p. 189, n. 120) abandonnée à la compétence judiciaire, sans s'apercevoir qu'on en arrive ainsi *à définir le caractère administratif de l'acte par la compétence*, ce qui est — encore — proprement *le « manoir à l'envers »*.

(72) Notamment : pouvoirs de surveillance de l'administration équilibrés par des pouvoirs conférés au co-contractant sur les tiers (cf. note *de Mestral*, précitée de M. Louis Trotabas, D. P. 1926.III.18, col. 1 ; R. Bonnard, *Précis*, 1926, p. 112 et s.

trative, le privilège de droit et le privilège de juridiction. Est-ce à dire que, dans la réalité, nous associerons automatiquement la compétence judiciaire au contrat « administratif » et inversement ? *Non* — parce que la conjoncture contractuelle fait ici surgir un nouveau facteur : *la volonté*, dont nous reconnaîtrons ici que la vertu s'impose.

Traitant, dans la Section III de notre Introduction (*supra*, p. 30) des différences entre le régime *délictuel* et le régime *contractuel* de la responsabilité, nous avons signalé la possibilité, en matière contractuelle, de *clauses attributives de compétence*. Nous avons dû, il est vrai, préciser qu'entre particuliers cette possibilité est restreinte à la compétence *ratione personae* et l'on ne manquera pas de nous objecter immédiatement que la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat est une compétence *ratione materiae*, par là même soustraite aux convenances et aux conventions des parties. Or, d'une part nous avons déjà observé (*supra*, p. 30, n. 55) — et nous reviendrons sur ce point (*infra*, p. 416, n. 245) — que rien n'est plus contestable que le caractère *ratione materiae* de la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat, en laquelle nous voyons tout au contraire une compétence — sinon *ratione* — du moins *intuitu personae*. D'autre part, même en admettant le caractère d'ordre public de cette compétence, il convient de ne pas perdre de vue que, selon une très juste observation de M. H. Berthélemy « personne n'est obligé de traiter avec l'administration » (73). Dès lors, nous ne voyons aucune raison plausible de refuser à l'administration, qui n'est certes pas l'Etat (cf. *supra*, p. 280 et s.), mais qui est bien, en la conjoncture, la représentante de l'Etat, la faculté, en présence d'une partie « que rien n'oblige à traiter », de stipuler expressément de cette partie : soit la compétence administrative — ici normale, nous le répétons — soit, *a fortiori*, la compétence judiciaire si elle, administration, voit un intérêt à renoncer à un privilège de juridiction qui n'a été institué que dans son intérêt : *non volenti non fit injuria*. D'abord, en effet, l'administration n'est-elle pas gardienne et appréciatrice discrétionnaire de cet « ordre public » au nom duquel on prétend lui dénier le choix de la compétence dans ses contrats ? Et puis — et surtout — alors qu'on proclame bien haut son pouvoir d'insérer

(73) *Traité élém.*, 1re éd., 1901, p. 583 et 601 ; 11e éd., 1926, p. 707. Cette constatation formulée à l'égard des travaux publics est générale, sauf la seule exception des services monopolisés dont nous tiendrons compte (v. *infra*, p. 258, n. 74).

des « clauses *exorbitantes* du droit commun » — à telle enseigne que, de ces clauses, on fait même la condition du caractère « administratif » du contrat (et, bien mieux, nous allons le voir, de la compétence administrative elle-même), en vertu de quel arbitraire refuserait-on de *comprendre, parmi ces clauses « exorbitantes », la clause attributive de juridiction ?*

Or, de cette clause attributive *expresse* de compétence dans les contrats de l'administration, il est digne de remarque que *le Conseil d'Etat ne veut pas entendre parler*, du moins jusqu'à présent, et qu'il ne manque jamais de l'annuler lorsqu'elle lui est soumise : Cons. d'Et., 2 déc. 1829, *Sauvaire-Barthélemy* ; 17 juill. 1896, *Clouzard*, D. P. 1897.III.77 ; 19 juin 1918, *Soc. des voiliers français*, Rec. p. 597 ; 11 mars 1925, *Messag. marit.*, G. P. Table 1925-1930, t. II, v° Réq., n° 77, p. 390. Ce point n'a pas échappé à MM. H. et L. Mazeaud qui le signalent nettement : « Une clause qui, insérée dans un contrat modifierait cette compétence (administrative) dans le domaine de la responsabilité contractuelle serait frappée de nullité absolue » (*R. C.*, II, n° 2015, p. 421).

Nous avouons ne pas très bien comprendre un tel rigorisme. Et nous le comprenons d'autant moins que le Conseil d'Etat, qui prohibe la stipulation de compétence lorsqu'elle se présente *expressément, directement, franchement, en tant que telle*, permet à l'intention commune des parties de choisir une convention de *tel caractère* que ledit caractère — selon la jurisprudence du Conseil d'Etat — IMPLIQUERA *telle compétence*. Ainsi peut-on lire dans l'arrêt précité du 19 juin 1918, Rec. p. 597 : « *L'article* 14 (du marché) *prévoit que toutes les contestations seront jugées administrativement. Si cette dernière clause ne pouvait être* PAR ELLE-MÊME (pourquoi donc pas ?) *attributive de compétence, elle n'en a pas moins* POUR EFFET (alors ?) *d'indiquer* LA COMMUNE INTENTION *des parties en ce qui concerne* LE CARACTÈRE (!) de la *convention intervenue entre elles.* » Et, dans l'arrêt Cons. d'Et., 17 janv. 1930, *Bénédic*, D. P. 1932.III.12, il est fait état de la manière dont l'administration « *a entendu* » contracter (v. la note du DALLOZ).

A ce point, le rigorisme n'est plus que pharisaïsme, et l'on conçoit que la doctrine ne se soit pas empressée de saisir la finesse et le mérite de ce subtil et arbitraire *distinguo* entre le choix *explicite, franc, direct*, de la compétence, qui est *prohibé* et le choix *implicite, déguisé* et *détourné*, qui est *permis* dès lors qu'il se réalise par le choix de *tel « caractère de convention »* auquel est attachée — de par le bon plaisir de la jurisprudence administrative — *telle compétence*. Du fait que « le choix est laissé aux administrations publi-

ques entre les modes de gestion publique et les contrats de droit commun » (M. Maurice Hauriou, *Précis*, 11e éd., p. 915), que l'administration peut « se placer par sa propre volonté dans les conditions mêmes du droit privé » (J. Appleton, Note au D. P. 1925. I.113 et *Traité*, n° 62, p. 120 ; n° 63, p. 121), des auteurs difficilement récusables déduisent, comme conséquence allant de soi, LA FACULTÉ, POUR L'ADMINISTRATION, DE STIPULER DES CLAUSES EXPRESSES DE COMPÉTENCE : G. Jèze, *Les Contrats administratifs*, Rev. Dr. Public, 1925, p. 172 ; J. Appleton, Note au D. P. 1926.I.278, col. 1, et *Traité*, 1927, n° 106, p. 202 (Il s'agit de clauses de compétence administrative : *a fortiori* l'administration doit-elle, nous le répétons, pouvoir renoncer à cette compétence instituée dans son intérêt particulier).

En conclusion, *si l'on ne tient à se payer de mots*, c'est explicitement et franchement, et non implicitement et obliquement, qu'il doit être permis à l'administration dans *ses* contrats de choisir *sa* compétence (74). Par un singulier retour des choses, c'est le Droit civil, banni de la matière, qui vient, en matière contractuelle, fournir à la compétence administrative son véritable fondement : quelles raisons avouables auraient les défenseurs de celle-ci de s'élever contre l'application de celui-là (75) ?

N° 3. — Le régime obligationnel non contractuel

S'agissant, maintenant, du préjudice et de la responsabilité procédant *du défaut d'exécution envers l'administré* ut singulus *d'une obligation administrative non contractuelle de l'Etat* — la thèse du rejet de la compétence judiciaire au nom de l'inapplicabilité du droit civil joue — si nous osions nous permettre cette expression familière — « sur le velours », puisque le droit civil ne connaît — *en l'état actuel de sa science*, comme nous l'avons vu dans notre

(74) Sauf (v. *supra*, p. 256, n. 73) pour les services monopolisés : compétence judiciaire.

(75) *Avouables*, précisons-nous, car, ici encore comme en matière délictuelle (*supra*, n. 70 de la p. 254 *in fine*), les raisons inavouables ne sont pas très difficiles à trouver : il suffit de se référer aux conditions de la *responsabilité contractuelle du maître du service privé*. Nous avons vu (*supra*, p. 70, n. 181) que la responsabilité contractuelle du maître du service, d'abord, *n'exige même pas la « préposition »* et puis n'est *nullement* subordonnée à la présence d'une *faute de service* de l'agent, mais qu'elle joue : *et en l'absence de toute faute* de l'agent *et en présence* de sa faute *personnelle*... D'où, par exemple (v. *supra*, p. 249, n. 65) la présentation *administrative* de l'affaire *Cie comm. de colon. du Congo français* sous le signe *délictuel*...

Introduction (*supra*, p. 27 et s.) et comme nous venons de le rappeler (*supra*, p. 248 et s.) — que la responsabilité *délictuelle* et la responsabilité *contractuelle*. Et, comme nous l'avons déjà observé à plusieurs reprises (*supra*, p. 238, n. 41 ; 242-1 ; 253), c'est l'arrêt *Rothschild* qui avait su saisir ce point délicat, son véritable argument, avons-nous dit.

Mais que l'on vienne à s'affranchir du « fétichisme de la source » (cf. *supra*, p. 37, n. 79), que l'on vienne à se réveiller de « l'hypnose contractuelle » (cf. *supra*, p. 241 ; 248), à reconnaître qu'en logique juridique, le véritable nom du « contractuel » c'est « *obligationnel* contractuel », que l'on vienne enfin — comme nous nous sommes précisément efforcé dans notre Introduction (Section III) d'en démontrer la nécessité rationnelle — à élargir, en plein droit civil, ce concept « obligationnel *contractuel* », cette simple espèce, jusqu'au genre « obligationnel » TOUT COURT, et voilà toute la matière de la responsabilité obligationnelle — non contractuelle comme contractuelle — de l'Etat, *qui rentre dans le giron du droit civil*.

Par ailleurs, comme nos précédentes observations (*supra*, p. 255) touchant l'applicabilité, à la responsabilité contractuelle de l'Etat, du droit civil de la responsabilité contractuelle, *ne font nullement état de la conjoncture contractuelle*, elles valent pour l'applicabilité du droit civil de la responsabilité obligationnelle — *même non contractuelle* — à la responsabilité obligationnelle — *même non contractuelle* — de l'Etat (76). Nous sommes, même, ici, encore mieux armé, grâce, d'abord — et toujours — à la haute et précieuse autorité de Maurice Hauriou. Ce ne sera plus cette fois à la 1re, mais à la 6e édition (1907) du Précis que nous nous référerons, en deux passages déjà d'ailleurs visés par nous (*supra*, p. 246) et que le moment est venu de citer. Voici le premier (p. 475) :

> « Toutes les fois que l'administration publique sera envisagée comme *ayant pris la charge de l'exécution des services publics*, elle sera le gérant d'une entreprise... Dans ces conditions elle *endosse l'obligation* de continuer la gestion commencée et celle d'indemniser pour les dommages causés par sa faute. »

(76) Dès lors, même nature : *garantie*. Même fondement : pour le défaut d'exécution d'obligation, *contre-partie de prestation* (ALIOQUIN CREDITORES DECIPERENTUR) (v. *supra*, p. 68) ; pour l'excès d'exercice d'un pouvoir (existence reconnue, avec exemples, en droit civil, *supra*, p. 39 et n. 82), *contre-partie de supériorité de puissance* (v. *supra*, p. 70). Même largeur de jeu : *indifférence de la position de l'agent et de l'acte par rapport au service*, *indifférence de la correction de l'acte* (v. *supra*, p. 70, n. 181).
De la présence de la conjoncture contractuelle, nous avons seulement déduit, selon le droit civil lui-même, la légitimité de la compétence administrative, mais en contre-partie rationnelle de la liberté de traiter dont jouit alors l'administré.

Et voici le second (p. 488) :

« Nous savons que l'exécution des services publics de l'Etat est considérée comme une entreprise de gestion qui s'opère sous la direction de la puissance publique ; il est naturel que la puissance publique qui a pris, de sa propre initiative (initiative permise, avons-nous précisé, par les *prestations* des contribuables), la direction de l'entreprise en qualité de gérant *contracte* (sans « contrat », et comme *contre-partie,* insisterons-nous, des dites *prestations*), L'OBLIGATION d'assurer les services et, *par suite,* soit passible *d'indemnités* lorsque des préjudices sont occasionnés par des fautes de service qui constituent des MANQUEMENTS A SON OBLIGATION. Ici, donc, le fondement de l'indemnité se trouve dans l'idée de l'entreprise de gestion. Cela se ramène bien facilement aux principes de la gestion d'affaires » (77).

Puis, citant le texte de *l'article* 1374 du Code civil :

« Le gérant est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. Néanmoins *les circonstances qui l'on conduit à se charger de l'affaire* peuvent autoriser le juge à *modérer les dommages-intérêts,* qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant. »

Et M. Hauriou d'en déduire :

« ON CROIRAIT LIRE LES CONSIDÉRANTS DE L'ARRÊT BLANCO. »

...De l'arrêt *Blanco*, qui, pour le motif que la responsabilité de l'Etat n'est « ni générale ni absolue... qu'elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service... », prononce l'exclusion du droit civil... réduit — naturellement — à la série des articles 1382 et s.

Puis, c'est à un Code civil étranger, mais particulièrement qualifié, croyons-nous, en notre matière, que nous nous réfèrerons : à l'article 111 du Code fédéral suisse des obligations, qui est ainsi conçu, et où le mot « contrat » — *mirabile visu* — n'apparaît même pas :

« CELUI QUI, même d'une manière licite, CONFIE A DES AUXILIAIRES LE SOIN D'EXÉCUTER UNE OBLIGATION OU D'EXERCER UN DROIT, *est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail* » (1).

Nous reportant, enfin, à nos précédentes explications (*supra*, p. 71 à 72 ; 222 à 224), nous constatons que rien ne s'accorderait mieux avec le droit civil de la responsabilité obligationnelle — non contractuelle comme contractuelle — que le caractère « ni général, ni absolu » et « conciliateur des droits publics et privés », en lequel, après le préfet de l'Hérault de 1845 (arrêt *Dupart*, cf. *supra*, p. 108, n. 3 et 142, n. 9), après l'arrêt *Rothschild*, après l'arrêt *Blanco*, la

(77) Bien que nous nous soyons affranchi (*supra*, p. 247 et s.) de l'appui de cette qualification juridique, la déduction qui va en être tirée par M. HAURIOU n'en présente pas moins d'intérêt.

(78) Texte que nous préférons nettement à celui de l'art. 278 du C. civ. allemand : « Le débiteur doit répondre de la faute de son représentant légal et de celle des personnes dont il se sert pour l'exécution de son engagement dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle. »

doctrine de la thèse administrative se plaît à voir une originalité de la responsabilité civile de l'Etat, une des « théories autonomes » du Droit administratif (79).

Le moment est venu de conclure.

§ III. — Conclusion : Le siège, dans le Droit civil, de la responsabilité civile de l'Etat

Voulant fonder l'inaptitude du juge civil sur celle du droit civil — conception dont nous avons pu par ailleurs apprécier la valeur de pertinence (cf. *supra*, p. 145) — la thèse de la compétence administrative a pensé réaliser l'exclusion du droit civil par celle des articles 1382 et s., spécialement de l'article 1384, chargé à ses yeux de toute l'indignité des « idées civilistes » (80), et sur lequel s'est concentrée toute son offensive contre celles-ci.

Or, il se trouve, ou, du moins, nous croyons avoir établi :

— d'une part, que, de toutes les raisons traditionnellement imaginées et déployées contre l'application de l'article 1384 à la responsabilité civile de l'Etat, aucune ne résiste à l'examen ;

— d'autre part, qu'il existe bien un obstacle réel et radical à cette application, à savoir que L'ETAT ET L'ADMINISTRÉ NE SONT PAS DES ÉTRANGERS JURIDIQUES, *mais* évoluent *au contraire* dans un « champ obligationnel » (81), JURIDIQUEMENT LIÉS ENTRE EUX par un *système d'obligations synallagmatiques*, alors que *l'article 1384 ne joue qu'à l'égard* des préjudices intervenant entre *étrangers juridiques — ou tels au regard du dit préjudice en cause ;*

— enfin que, précisément, les préjudices susceptibles d'être causés à l'administré par le fait d'agents administratifs de l'Etat *peuvent procéder* (préjudices *obligationnels :* contractuels — ou non) d'un défaut d'exécution des obligations administratives de l'Etat, *breach*

(79) Naturellement, si, contre l'appel au Droit civil pour la détermination du régime de la responsabilité *obligationnelle non contractuelle* de l'Etat, les raisons avouables n'apparaissent pas, les autres — les vraies — déjà dépistées (*supra*, p. 258, n. 75) dans le régime (*obligationnel*) *contractuel*, et parfaitement indépendantes de la conjoncture contractuelle, se retrouvent identiquement ici : *la « présomption » elle-même n'est pas exigée pour la responsabilité du maître du service, pas plus que la faute de l'agent, pas plus que le caractère fonctionnel de cette faute* (cf. p. 259, n. 76). Là donc, encore, comme en régime délictuel c'est *la surrection de ce double spectre : le « risque » — le « cumul »*.

(80) Cf. Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 3 et s.

(81) « Champ obligationnel » : « enchevêtrement d'intérêts » si justement décrit par M. BONNET dans le remarquable passage de son article : *Resp. délict. et contrat.*, R. Crit., 1912, p. 435, cité par nous *supra*, p. 29, n. 52, et que c'est ici le lieu de rappeler.

of duty, envers l'administré individuellement, mais *peuvent aussi ne point procéder* (préjudices *délictuels*) d'un tel défaut d'exécution ; de sorte que si, dans la première conjoncture, où Etat et administré *n'apparaissent pas comme des étrangers juridiques au regard du préjudice en cause*, le régime délictuel de la responsabilité — pour nous, art. 1384 et s. — est « REFOULÉ » par le régime obligationnel, par contre, dans la seconde conjoncture, où Etat et administré *apparaissent au contraire, au regard du préjudice en cause, comme des étrangers juridiques*, c'est le régime de la responsabilité délictuelle — ici, des art. 1384 et s. — qui restent seuls en scène et jouent : NOUS-MÊME AVONS EXCLU (p. 75) LES ARTICLES 1382, 1383.

Et certes, tant que, dans le droit civil, on en reste à la distinction entre le régime non contractuel et le régime contractuel, *sans voir que ce dernier n'est qu'une branche du régime obligationnel*, dont l'autre branche est le régime obligationnel non contractuel, tant qu'on ignore : et *le genre :* « régime obligationnel » tout court *et l'espèce :* « régime obligationnel non contractuel » pour « s'hypnotiser » sur l'espèce : « régime obligationnel contractuel », *tant qu'on ne songe qu'à se débarrasser du gênant régime obligationnel non contractuel*, en l'accolant : soit au régime délictuel parce que non contractuel (82), soit au régime contractuel parce que non délictuel (83), la thèse administrative pourra proclamer — et la thèse civiliste devra subir — l'inapplicabilité du droit civil à la responsabilité de l'Etat.

Mais que le droit civil, rompant avec la division du Code civil français (84) et adoptant celle de codes étrangers récents (85) ainsi

(82) Système H. et L. MAZEAUD, *supra*, p. 31 et n. 57 ; p. 248 et s.

(83) Système BAUDRY, CROUZEL, *supra*, *ibid.*

(84) Nous avons vu (*supra*, n. 57 de la p. 31 et 79 de la p. 37) que c'est cette division (Titre III : « Les Contrats *ou* (!) obligations conventionnelles ») — Titre IV : « Des engagements qui se forment sans convention ») qui a permis à un parti de la doctrine de qualifier *délictuelle* la responsabiiité *obligationnelle* non contractuelle. Défendue assez mollement par les auteurs qui l'adoptent (Cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Oblig.*, I, 1930, n° 7, p. 8), elle est nettement critiquée par d'autres (COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de Dr. civ.*, 7e éd., t. II, 1932, p. 7, 8 ; JOSSERAND, *Cours de Dr. civ.*, t. II, 1930, n° 10). A signaler notamment cette observation très nettement pertinente de Marcel PLANIOL dans son *Traité élém. de Dr. civ.*, 7e éd., t. II, 1917, n° 161, p. 55 : « Dans le Code civil français (titre III du troisième livre), les règles générales des obligations sont présentées COMME UN SIMPLE ACCESSOIRE DE LA THÉORIE DES CONTRATS ; ces règles occupent les art. 1134 à 1303. C'est le plan qu'avait suivi POTHIER dans son « *Traité des obligations* » et il est emprunté aux *Institutes* de GAÏUS et de JUSTINIEN. Les auteurs modernes suivent volontiers une méthode *plus logique* qui consiste à *faire une théorie à part pour les obligations considérées en elles-mêmes...* »

(85) Notamment : Code fédéral suisse des « Obligations » et Code civil allemand (Droit des « Obligations »).

que de la doctrine civiliste elle-même (86), arrive à poser un « Titre », voire même « un Livre » des « Obligations », *à restituer ainsi* à « l'obligation » sa dignité de *genre*, à remettre l'obligation *contractuelle* à sa place de *simple espèce* d'obligation, à admettre, en regard, *l'espèce corrélative :* obligation *non contractuelle* (87), et, du même coup, s'opère, selon notre précédente expression (*supra*, p. 259), *la rentrée de la responsabilité civile de l'Etat dans le giron du droit civil de la responsabilité :* telle a été l'une des deux raisons principales de notre Introduction (88).

Grâce aux données fondamentales que celle-ci nous a permis de constituer — notamment celle du « champ obligationnel » — nous sommes maintenant en mesure de résoudre *la question du* SIÈGE DE LA MATIÈRE : *responsabilité civile de l'Etat dans le droit civil*, en concluant que :

SI LA SÉRIE DÉLICTUELLE DES ARTICLES DU CODE CIVIL — ET A PARTIR DE L'ARTICLE 1384 — NE SONT QUE POUR PARTIE LE SIÈGE DE LA MATIÈRE : « RESPONSABILITÉ DE L'ETAT » DANS LE DROIT CIVIL, L'AUTRE PARTIE RÉSIDE DANS LE RÉGIME OBLIGATIONNEL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET, PAR CONSÉQUENT, LE DIT SIÈGE DE LA MATIÈRE QUOIQUE EN DEUX PARTIES, NE S'EN TROUVE PAS MOINS INTÉGRALEMENT SITUÉ DANS LE DROIT CIVIL.

Après nous être attaché à établir que rien *ne s'oppose*, en matière de responsabilité civile de l'Etat, à l'application du droit civil de la responsabilité, il nous reste à faire apparaître que cette application, de toute nécessité, *s'impose*.

SECTION III

LA NECESSITÉ — **A FORTIORI** — DE L'APPLICATION DU DROIT CIVIL

Quid est enim civitas, nisi juris societas?
CICÉRON (v. *infra*, p. 270, n. 114).

Compte tenu de toutes les théories spéculatives sur l'admission et sur le caractère de la « personnalité morale » en général, et spécialement de la personnalité morale de l'Etat, théories dont le pan-

(86) Indépendamment des Traités généraux dont la « Théorie des obligations », forme un intitulé, il suffit de citer, sur cette matière, les ouvrages considérables de M. R. DEMOGUE, de MM. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN.

(87) Progrès dont il nous a été précieux de relever l'amorce dans la 2e édition du *Traité* de MM. H. et L. MAZEAUD (v. *supra*, p. 41, n. 47).

(88) Pour la seconde, v. *infra*, n. 95-I de la p. 265. — *Cf. infra*, p. 352.

démonium nous est présenté dans l'œuvre admirable de Léon Michoud (89), il faut, si l'on veut *aussi* faire leur part à la réalité, *à la vie*, reconnaître l'existence d'un FAIT inhérent à la nature humaine. Ce fait, c'est *l'incoercible anthropomorphisme de la conception populaire du « peuple », de la « nation », qui se traduit, dans le plan sentimental, par la « patrie » et, dans le plan juridique, par « l'Etat »* (90). Cet « Etat », qui n'est que la *forme juridiquement organisée du peuple*, collectivité des citoyens, DE CE PEUPLE AU NOM DUQUEL JUGENT TOUS SES JUGES — ADMINISTRATIFS COMME JUDICIAIRES, les citoyens non seulement *le font homme*, mais le veulent « *honnête homme* ». Et parce que « LES RÉALITÉS PSYCHOLOGIQUES JOUENT LE PLUS GRAND RÔLE DANS LA VIE DU DROIT » (91), nous ne craignons pas de fonder sur cette donnée *la personnalité morale de l'Etat* (92) et nous n'hésitons pas davantage à user de ce qui peut paraître un jeu de mots en ajoutant que, étant LA PLUS PUISSANTE, l'Etat SE DOIT d'être LA PLUS MORALE des personnes MORALES (93). La plus *morale* et partant la plus *responsable*.

(89) *Théorie de la Personnalité morale*, 2 vol., 3e éd., par M. Louis TROTABAS, 1932. — « *Cher Michoud*, écrivait le doyen HAURIOU en hommage suprême à la mémoire de son collègue de Grenoble, *semblable à ces donateurs que les verrières nous représentent portant leur chapelle votive, vous vous mettez en marche vers la postérité, tout auréolé par votre amour de la justice et, les mains pleines, vous offrez de consacrer, comme une forte basilique, cette théorie juridique des personnes morales que vous avez patiemment édifiée. La postérité acceptera ce don magnifique et conservera pieusement votre mémoire comme celle d'un bienfaiteur* » (*Notice sur les œuvres de Léon Michoud*, Rev. Dr. Publ., 1916, p. 517). Il convient de rendre également témoignage au maître HAURIOU de sa géniale contribution à la théorie de la personnalité morale de l'Etat, notamment dans l'Appendice de la 1re édition de son *Précis de Dr. Constitutionnel* (1923, p. 724 et s.) et dans le Chapitre encore consacré à cet objet par la 11e édition du *Précis de Dr. administratif* (1927, p. 286 et s.).

(90) « Sur ce point, observe très justement M. HAURIOU (*Précis*, 11e éd., p. 293, n. 1), *la doctrine du droit administratif s'est laissé distancer par celle du droit international public*, pour laquelle les Etats ont une personnalité publique destinée aux relations extérieures, en laquelle résident leur souveraineté et leur responsabilité et en outre une capacité privée ».

(91) Julien BONNECASE, *Suppl.*, t. I, 1924, n° 406, p. 618. — En sens contraire : Léon DUGUIT, *Traité de Dr. const.*, 3e éd., t. III, 1930, p. 331 et s., 460 et s. ; H. BERTHÉLEMY, *Défense de quelques vieux principes*, Mélanges Hauriou, p. 827 et s. Notre conclusion sera celle de M. Emmanuel LÉVY dans son article : *Contrat, personne, cause, Etat* (R. Tr. Dr. Civ., 1930, p. 67) : « Il n'y a donc pas à prendre parti entre les doctrines sur la personne morale : elle est fiction, car le droit est une fabrication de l'esprit ; *elle est réalité, car il est cette réalité spirituelle.* »

(92) PLATON s'est représenté : « l'Etat comme *un homme de proportions colossales* » (FRANCK, *Dict. de Sciences Philosophiques*, v° « Etat », p. 486, col. 2). Et, ajouterions-nous, *de moralité proportionnelle... à ses proportions.*

(93) « Ce qui *peut paraître* un jeu de mots » disons-nous, mais jeu de mots qui peut aussi *n'être qu'une apparence*, traduction d'une réalité profonde. *Cette conjonction des deux sens de l'adjectif :* « morale », M. HAURIOU *la fait sienne*, en

Telle puissance, telle moralité (94) : à personne morale souverainement puissante, moralité souveraine. *Puissant souverainement*, c'est-à-dire au suprême degré, l'Etat doit être responsable ou plus exactement *garant souverainement* (95). « Les Etats modernes, écrit apercevant, précisément, l'expression idéale de la *moralité* de l'Etat en sa *responsabilité : « Le jeu des responsabilités* à l'intérieur d'un corps constitué comme l'Etat est évidemment ce qui peut le mieux conférer à ce corps le CARACTÈRE *moral* nécessaire pour le transformer en une PERSONNE *morale* parfaite » (*Traité de Dr. Const.*, 1re édition, 1923, p. 714). Nous objecterait-on qu'il peut paraître contradictoire de parler de « moralité de l'Etat », alors que nous n'avons cessé de contester l'existence de la « faute de l'Etat » (cf. *supra*, p. 16 et notes 19, 22 ; 54 et n. 127 ; 77 et s.) ? Notre proposition exacte, répondrions-nous, a été simplement que : autant il est rationnel et légitime de mettre, sous forme de responsabilité (mieux : de *garantie*), à la charge de la personne morale (publique comme privée), *les conséquences pécuniaires* des fautes de ses agents, autant il est irrationnel et inutile de lui attribuer *la commission* de ces fautes, et que, autant la moralité d'une personne morale ne saurait consister à éviter des fautes qu'elle ne peut pas plus empêcher que commettre elle-même, autant la dite moralité peut et doit consister à assumer, dans les mêmes conditions qu'une personne physique (et d'ailleurs absolument comme celle-ci), la garantie pécuniaire des conséquences nocives de ces fautes commises par ses agents. Selon l'expression de Maurice HAURIOU lui-même : « la responsabilité *seule remonte* » (Note au S. 1926.III.1 ; N. A. H., I, p. 675).

(94) Faut-il rappeler ici le célèbre passage des *Pensées* de PASCAL : « Il faut mettre ensemble la *justice et la force...* » (Appendice au Titre XXV, verbis : « *Justice, force* » ?

(95) I. — A la rectification : « GARANTIE » au lieu de : « RESPONSABILITÉ » dans la conjoncture de la réparation : d'abord, du préjudice en général, puis, spécialement, du préjudice commis, *par le personnel d'un service, en relation avec ce service* — public comme privé — ont été consacrées la Section II (p. 15 à 26) — puis la Section V (p. 52 à 59 pour le régime *délictuel ;* p. 68 à 70 pour le régime *obligationnel*) — de notre Introduction. Garantie *délictuelle :* « nécessité compensatoire *d'un* fait » en CONTRE-PARTIE d'une supériorité de puissance — garantie *obligationnelle :* « nécessité compensatoire *d'une prestation* » en CONTRE-PARTIE de cette prestation. Telle a été la seconde raison principale de notre Introduction dont nous avons reconnu la première (v. *supra*, p. 263) en la distinction, précisément, des deux régimes : délictuel et obligationnel de la réparation (*responsabilité de faute* ou *garantie de fait*).

II. — Sur « l'antinomie entre la responsabilité et la souveraineté », nous nous sommes également expliqué (*supra*, p. 58) dans notre Introduction (dont apparaît encore en ce point une justification). Nous pourrions ajouter ici qu'une définition transactionnelle de la souveraineté a été récemment proposée en vue de la réduction de cette « antinomie » savoir : « simple pouvoir de créer unilatéralement des obligations » (LOUIS DELBEZ, *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, R. Dr. Publ., 1932, p. 457). Mais ce serait pour décliner aussitôt l'expédient de cette proposition alors que, pour nous, la souveraineté — étymologiquement : puissance *suprême* (dans le cadre de la RAISON et de la MORALE — faute de quoi elle changerait de nom et deviendrait *tyrannie*), non seulement NE S'OPPOSE PAS à la responsabilité — lire : à la GARANTIE — mais L'IMPOSE *a fortiori*. « L'acceptation du principe de la responsabilité envers les victimes innocentes..., de la compétence des tribunaux par la détermination de cette responsabilité, écrit M. James W. GARNER (*La conception anglo-américaine du Dr. adm.*, Mélanges Hauriou, p. 380 et note 1), n'entraîne pas la dégradation de l'Etat et

M. Roger Bonnard (*op. cit.*, R. Dr. Publ., 1932, p. 695), sont généralement organisés en la forme *d'Etat de justice*... Mais l'Etat de justice suppose... *un Etat de droit*, soit un Etat soumis au droit ». Si, comme l'a non moins justement observé un autre juriste (96), « la responsabilité est le devoir du droit », *a fortiori* en doit-on déduire que la responsabilité — ou plus exactement : la *garantie* — est le *devoir du pouvoir* et, partant, que, selon le sens commun, non seulement l'Etat ne doit pas être soustrait *a contrario*, mais, par définition, soumis A FORTIORI au droit commun, d'ailleurs par lui codifié : « TU PATERE LEGEM QUAM IPSE FECISTI » (97). Ainsi a-t-on pu lire sous la plume d'un écrivain faisant profession de traduire le sentiment public : « Nous ne nous lasserons pas de réclamer de l'Etat ce qu'il exige des autres » (98).

Et, pour en venir à une illustration concrète et familière, l'homme de la rue — doublé d'un contribuable — ne comprendra jamais que, s'il se trouve... dans cette rue... blessé (sans faute de sa part et sans cas de force majeure) par une automobile, la réparation de son préjudice ne soit pas *au moins* aussi certaine et aussi complète si la voiture appartient à l'Etat, que si elle appartient à un particulier. Et, si elle est moins certaine ou moins complète, l'homme de la rue, nonobstant toute la savante séduction, « l'extrême souplesse », « les délicates nuances », « le caractère original et pratique » de la « politique jurisprudentielle », du Conseil d'Etat, ressentira *l'irréductible impression d'une injustice — et d'une insécurité* (99).

LE SACRIFICE DE SA DIGNITÉ... La dégradation, s'il y en a une, pourrait *plutôt* être trouvée dans les reproches que l'on entend parfois adresser à l'Etat en Amérique DE N'ÊTRE PAS HONNÊTE quand il refuse de se résoudre à être poursuivi en réparation par les victimes innocentes de ses (?) actes délictuels ou en paiement des dettes contractées par lui. » — *Pas plus que la liberté du citoyen n'est incompatible avec sa soumission aux lois de l'Etat, la souveraineté de l'Etat n'est incompatible avec sa soumission à ses propres lois.* — M. Roger BONNARD, lui-même, n'affirme pas catégoriquement « l'incompatibilité entre un Etat souverain et un Etat lié par le droit » (*op. cit., R. Dr. Publ.*, 1932, p. 728). « Les principes de la morale dépassent le temps et la nation » (Cardinal FAULHABER, *Mandement* cité dans le journal « *Le Temps* » du 18 févr. 1934).

(96) Emmanuel LÉVY, *Responsabilité et contrat*, Rev. Crit., 1899, p. 397, n. 1 (Cf. *supra*, p. 57 et n. 131).

(97) Cf. HAURIOU, *Précis*, 11e éd., p. 428.

(98) Article de Louis FOREST : *L'Etat honnête homme*, dans le journal « *Le Matin* », du 10 avril 1929, p. 1.

(99) Notre exemple serait-il mal choisi ? *Il y a*, certes, l'arrêt Cons. d'Et., 22 déc. 1924, *Soc. d'assur. mut.* : « *Les Travailleurs français* » (D. P. 1925.III.9, avec note Jean APPLETON, et S. 1925.III.1, avec note Maurice HAURIOU — contredisant, d'ailleurs, et corrigeant celle de M. APPLETON sur les conséquences à l'égard de l'agent conducteur). Montée en épingle sur toutes ses faces par tous ses éminents commentateurs, en même temps laudateurs de la haute juridiction

C'est ce qu'a su comprendre, en apparence du moins (v. *infra*, p. 389 et 422, n. 55), le Tribunal des Conflits dans son arrêt *Rosay*.

Aussi bien, en régime démocratique du moins, le souverain n'est plus *un homme*, un monarque, enclin à confondre le trésor de la Nation avec son propre trésor : le souverain est constitué par la collectivité même des victimes éventuelles de ses agents, *appelées à récupérer* comme *allocataires* les indemnités dont elles auront fourni l'argent comme *contribuables*. Le tout, pour cette collectivité — le peuple — sera de SAVOIR CE QU'IL VEUT. Les *attributions* seront et ne pourront qu'être *à la mesure des contributions* (100). Dire : responsabilité civile de l'Etat, c'est dire : *imputation au trésor public*. Et, pour la détermination de cette responsabilité, *tout revient*

administrative, elle est de celles qu'il n'est pas permis, en la matière, d'ignorer. Mais peut-être ne sera-t-il pas interdit d'observer à ce sujet :
1° Qu'avant l'arrêt Cons. d'Et., *Travailleurs français*, du 22 déc. 1924, *il y a eu* l'arrêt Cass., 29 juill. 1924, *Bessières* (D. P. 1925.I.5, avec note G. RIPERT et S. 1924.I.321, avec note P. ESMEIN) ;
2° Que, de l'aveu même de M. HAURIOU (note précitée, N. A. H., I, p. 674, ligne 6), « *les emprunts à l'arrêt de la Cour de cassation sont flagrants* » ;
3° Qu'il semble, dès lors, que la raison déterminante de l'arrêt *Travailleurs français* après l'arrêt *Bessières* ait été précisément celle que nous donnons au texte ;
4° Qu'il ne suffit peut-être pas (cf. *supra*, p. 234) de ne pas *viser* nommément l'art. 1384 pour ne pas l'appliquer ;
5° Que, en fait — et c'est ce qui nous intéresse ici particulièrement — la responsabilité de l'Etat a été écartée pour motif d'un « cas fortuit » consistant en la peur des chevaux du requérant au passage de l'automobile de l'Etat — et que la question est de savoir si ce « cas fortuit » eût été admis par la juridiction judiciaire comme une « cause étrangère non imputable » au défendeur. Non, répondent les arrêts : Civ., 3 janv. 1934 et Req., 19 mars 1934, Gaz. Pal., 1934.I.308 et 995.
6° En tout état de cause, que la « présomption de faute » *de l'agent* reconnue le 22 déc. 1924, par le Conseil d'Etat, *suffisante* est demeurée, pour lui, en la conjoncture, un minimum NÉCESSAIRE, alors que cette présomption de faute de l'agent a été abandonnée par l'arrêt *Bessières* fondé sur « la garde de la chose », et que la « présomption de faute » *du maître* du service a été, depuis le 13 févr. 1930 (Chambres Réunies, *Jeand'heur*, D. P. 1930.I.57), de même absolument abandonnée par la jurisprudence judiciaire (Sur la « présomption », la « fiction », et la « falsification » de la faute, cf. notre Introduction, *supra*, p. 16 et s., ainsi que notre note 89 de la p. 173). — V. cependant *infra*, ADDENDA, p. 482.
...Il y a l'arrêt *Travailleurs français*, mais — il y a aussi l'arrêt *Jeand'heur* — et tant que la jurisprudence administrative ne se sera pas — également et enfin — résolue à s'y rallier : témoin l'arrêt du Cons. de préf. de la Seine dans l'affaire *Mabille* (R. Dr. Publ., 1934, p. 131) avec la note anonyme sous ce même arrêt au S. 1934.III.33 (5) — tant qu'elle n'aura pas, comme la Cour de cassation, « fait bonne justice de ce concept peu rationnel : celui de la chose dangereuse en soi » (Note *Dame Mélinette* précitée de M. Ch. BLAEVOET, D. P. 1933.III.71, *in fine*), « l'homme de la rue » éprouvera le sentiment que nous indiquons au texte : « DECIPIETUR », il sera déçu.

(100) « Rien ne se fait de rien. Vous voulez de la sécurité. On ne peut produire ce bien qu'à prix d'argent. Payez-le, vous l'aurez... » (R. SAINCTELETTE, *De l'importance et de l'appréciation du fait*, R. Crit., 1884, p. 179).

à savoir selon quelle mesure, dans l'état actuel de la mentalité — de la conception juridique — nationales en fonction de l'évolution organique et matérielle des services publics, les citoyens entendent s'assurer, par leur contribution, la garantie de la Cité contre le risque de l'activité nocive de ses agents, entendent imputer ce risque social au trésor social, précisément au « fonds de garantie » de cette « assurance sociale contre les accidents administratifs » (101).

Or, c'est justement là qu'apparaît le devoir des « gouvernants », chacun en ce qui le concerne : de l'exécutif, pour la proposition et du législatif pour la décision. Puisque, comme des enfants, les citoyens, d'une part, veulent personnifier la Cité, d'autre part, n'auraient pas la prévoyance de constituer, *comme contribuables*, le « fonds de garantie » auquel ils voudront puiser *comme victimes*, CES GOUVERNANTS QUI, SERVITEURS DE LA CITÉ *ut universitas* SONT LES CHEFS DES CITOYENS *ut singuli* (Cf. *supra*, p. 229, note), DOIVENT AVOIR — POUR CE BIEN COMMUN : LA PAIX SOCIALE — L'INTELLIGENCE, LA CONSCIENCE ET LE COURAGE DE LEUR IMPOSER LES IMPÔTS QUI PERMETTENT L'ANTHROPOMORPHISME COMPLET DE L'ETAT AU POINT DE VUE DE LA GARANTIE DU FAIT DE SES AGENTS, C'EST-A-DIRE L'APPLICATION DU DROIT CIVIL ET, PARTANT, LA CONSTITUTION DU « FONDS DE GARANTIE » NÉCESSAIRE A CETTE FIN (102).

Et, une fois ce fonds de garantie ainsi constitué par la volonté du peuple apparaissant en celle de ses serviteurs : les gouvernants,

(101) Cf. Léon DUGUIT, *Leçons de Dr. publ. gén.*, 1926, ligne finale, p. 334, et, surtout, Maurice HAURIOU, *Les actions en ind. contre l'Etat...* (R. Droit Publ., 1896.II, p. 51 à 65) et note *Cames*, Cons. d'Et., 21 juin 1895, S. 1897.III.33; N. A. H., I, p. 684.

(102) Absolument comme le législateur des accidents du travail et des assurances sociales, d'une part, la jurisprudence judiciaire de la responsabilité (ou plus exactement : de la garantie) du transporteur, d'autre part, ont eu *le sage dessein de servir la paix sociale* en créant : le premier, l'obligation légale de sécurité de l'employeur, le second, « *l'obligation prétorienne* » de sécurité (Cf. A. BRUN, thèse citée, p. 207, 301, 369) du transporteur — sauf naturellement, pour le patron comme pour le transporteur, à se couvrir eux-mêmes de cette charge : le premier, par incidence, sur le prix de vente de ses produits (incidence qui ne manquera pas d'atteindre en tant que consommateur l'ouvrier garanti lui-même) ; le second, par la contre-partie directe du prix des transports augmenté de la prime de garantie qui atteindra immédiatement le transporté garanti. *De même qu'il est légitimement fondé à exiger la sécurité comme condition de la paix extérieure, l'Etat, puissance souveraine et souverainement garante, débitrice, par sa volonté constitutionnelle* (Art. 2 de la Décl. des dr. de l'hom. et du cit. de 1789), *de la sécurité, condition de la paix sociale intérieure, au point de s'être imposé (assurances sociales) une part de garantie de risques sociaux indépendants de son activité, doit* a fortiori (*supra*, p. 58), *la garantie intégrale des risques sociaux dont son activité aura posé une condition :* « LA VERTU DE L'ETAT EST LA SÉCURITÉ. »

il n'appartient plus à l'administration — qui est, à l'égard de son maître : le peuple, nous le répétons (v. *supra*, p. 229) *une simple... gouvernante — que de s'incliner devant cette volonté ainsi organiquement manifestée, sans prétendre y substituer sa propre conception — la jugerait-elle meilleure — de l'intérêt de l'Etat, c'est-à-dire du peuple.*

A l'appui de ce principe moral de la soumission — de l'autosoumission — de l'Etat à cette RÈGLE UNIVERSELLE DE LA RÉPARATION (cf. *supra*, p. 12, note 3), de la « nécessité compensatoire », *par lui-même imposée à ses membres*, nous ne saurions imaginer meilleure dialectique qu'une anthologie qui trouvera, nous l'espérons, son excuse dans sa pertinence, comme dans son autorité.

Voici donc nos auteurs.

I — M. BRÉMOND (103) : « Tout dommage injuste doit donner lieu à réparation même (et surtout, ajouterons-nous) si ce dommage provient du fait du souverain, car l'équité doit (*a fortiori*, ajouterons-nous) régir les actes du prince comme elle régit les actes des simples particuliers. »

II — M. HAURIOU (104) : « Vis-à-vis de ses fonctionnaires, l'Etat peut se prévaloir de ses qualités de Puissance publique ; MAIS IL N'EST PAS DIGNE DE LUI de s'en prévaloir vis-à-vis du public pour échapper à la réparation des dommages causés... »

III — M. François GÉNY (105) : « Il paraît *a priori* évident que l'Etat, n'étant qu'un instrument de mise en œuvre du droit, ne saurait échapper lui-même à celui-ci qui constitue une entité supérieure *seule véritablement souveraine*. Aussi a-t-il été, de tout temps, reconnu sous des formes variées, encore mal définies à l'heure actuelle, mais, telles quelles sont, impliquant le sentiment d'une nécessité profonde, que l'Etat doit être soumis au droit. »

IV — M. Georges PICOT (106) : « Il faut que l'élite des intelligences ne cesse de réagir, il faut répéter qu'une société civilisée est celle qui ne laisse *aucune force sans action, aucun droit sans recours.* »

V. — M. G. MORIN : « Le sentiment de pitié pour les victimes a fait des progrès dans la conscience publique... L'obligation de réparer les dommages s'est étendue » (107) — « Conformément à une loi de l'histoire, *la morale d'hier est devenue le droit d'aujourd'hui :* la protection des faibles ne se présente plus seulement comme le devoir des forts, elle est devenue le droit des faibles, sanctionné comme tel par la justice » (108).

(103) R. Crit., 1900, *Jurispr. adm.*, p. 322.

(104) *Précis de Dr. adm.*, 1re éd., 1892, p. 695.

(105) *Science et technique en Droit privé positif*, t. I, 1914, p. 64.

(106) *Les garanties de nos libertés.* Revue des Deux-Mondes, 15 juill. 1903, cit. dans *Rev. Pénit.*, 1903, p. 1.269.

(107) *Le sens des transformations contemporaines du Droit*, Rev. Métaph., dans Rev. Pénit., 1903, p. 1.269.

(108) *L'abus du Droit*, Rev. Métaph., 1929, p. 276. Comment ne pas évoquer ici les éloquentes conclusions de l'avocat général DESJARDINS dans l'affaire *Bruno* : « Avant de fermer aux demandeurs l'accès des tribunaux ordinaires, songez à quelle catégorie de demandeurs vous avez affaire. Les demandeurs, ce sont, dans ces procès, ceux qui souffrent, ceux qui pleurent, des estropiés, des blessés, des misérables, des affamés, leurs femmes et leurs enfants... En ce qui me concerne, j'ai tenu à réclamer pour eux, avec toute l'énergie possible, *la plus grande som-*

VI. — M. Edmond PICARD, illustre maître belge de la philosophie du Droit (109) : « Rome naissante n'admettait de droit *que pour le citoyen* et avec le consentement de l'assemblée du Peuple qui, réuni en costume de guerre dans les comices, promettait, en même temps, sa *garantie* armée pour le droit auquel il venait d'adhérer. »

VII. — M. Maurice VAUTHIER, professeur et ancien ministre, également de Belgique (110) : « Un régime dans lequel l'administration aurait tous les droits à l'égard des administrés *sans que ceux-ci eussent aucun droit* vis-à-vis d'elle (nous préférerions : vis-à-vis *de l'Etat*) *ne serait pas un régime juridique ;* il ne serait pas autre chose qu'une organisation plus ou moins parfaite *du despotisme et de l'autocratie.* »

VIII. — MEUCCI (111) : « Le Droit public n'est pas *une sphère d'immunité et d'inviolabilité*, une antithèse du Droit privé. Il n'est autre chose que *l'application du droit aux rapports de l'Etat, lequel est soumis, comme tout autre être juridique, à la règle de la coexistence et de l'harmonie des droits.* Le principe qu'IL N'Y A PAS DE DROIT CONTRE LE DROIT régit le domaine juridique tout entier. Il s'ensuit que l'Etat, libre tant qu'il reste dans sa sphère d'action légitime, s'il en sort et offense le droit d'autrui, doit réparation. »

IX. — FICHTE (112): « La volonté générale, la volonté de l'Etat, ne veut qu'une chose : la sûreté des droits de tous. »

X. — LABAND (113) : « En dépit de son pouvoir *souverain*, qui le rend capable de *façonner* lui-même le Droit, L'ETAT EST SUBORDONNÉ, DANS SON ACTIVITÉ ADMINISTRATIVE, AU DROIT ÉTABLI PAR LUI... »

Toutes ces formules procèdent de celle de Cicéron (114) formant l'épigraphe de cette Section :

« QUID ENIM EST CIVITAS, NISI JURIS SOCIETAS ? »

Pour en revenir au point précis de l'application du droit civil de la responsabilité à la responsabilité civile de l'Etat, nous rappellerons, d'abord, la série des désaveux de la thèse contraire alignés dans le § III de la précédente Section (*supra*, p. 230 à 234), en insistant particulièrement sur la sentence d'un représentant hautement autorisé de la science du Droit public, et aussi peu suspect que possible d'inclination judiciaire (*supra*, p. 233-XI) :

« *L'Etat* et ses démembrements, pose M. JOSEPH-BARTHÉLÉMY, sont des *justiciables* COMME LES AUTRES » — « COMME UN SIMPLE PARTICULIER, l'Etat doit payer les dommages qu'il cause. »

Et c'est avec l'éminent doyen H. Berthélemy, fidèle défenseur entre tous de la juridiction administrative — sinon de la compé-

me de garanties que pouvaient leur offrir nos lois et nos institutions judiciaires. » (Tr. Confl., 17 janv. 1880, D. P. 1880.III.105).

(109) *Le Droit pur*, 1908, p. 291.

(110) *Précis du Droit administratif de la Belgique*, 1928, n° 429, p. 504.

(111) Cit. par L. MICHOUD, *Resp. de l'Etat*, Rev. Dr. Publ., 1895, II, p. 263.

(112) *Naturrecht*, III, p. 152.

(113) *Le Droit public de l'Empire allemand*, Traduct. Gandilhou, t. II, 1901, p. 519.

(114) Cit. par FRANCK, *Dict. des Sc. Philos*, 2e éd., 1875, v° *Etat*, p. 486, col. 1, *in fine*.

tence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat — que nous demanderons qu'il nous soit permis de conclure :

« Ce qui provoque notre résistance... c'est la prétention qu'on émet de résoudre des difficultés qui ne sont prévues par aucun texte autre que le Code civil autrement que ne les résout le Code civil, parce que ces difficultés sont nées à l'occasion d'un service public... *Trouver un* PRÉTEXTE *pour affranchir les actes administratifs des principes ordinaires du Droit, c'est diminuer* SANS RAISON *les* GARANTIES *des administrés* » (115).

« TU PATERE LEGEM... » : Le droit fait PAR l'Etat est — *a fortiori* — fait POUR l'Etat... *Sic vos...* ET *vobis.*

Voilà pour le *Droit* civil — et, quant à l'objection du *Code* civil, nous en avons, au début même de ce Chapitre (p. 226), emprunté la solution au savant auteur de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, le vénéré doyen François Gény :

« PAR LE CODE CIVIL, MAIS AU DELA DU CODE CIVIL. »

Ainsi, après avoir, dans notre critique formelle (v. *supra*, p. 147), relevé, à la charge de l'arrêt *Blanco :*

1° *un manque de pertinence du visa* par rapport au motif ;

2° *un manque de pertinence du motif* par rapport au dispositif ;

3° *un caractère inconstitutionnel ;*

nous arrivons, maintenant, à cette conclusion de notre critique de fond, conclusion corroborée de maintes références autorisées :

4° *une inexactitude intrinsèque de l'argumentation elle-même.*

Ainsi se trouve intégralement vidée la question de la valeur juridique de l'arrêt *Blanco*, de ce canon rituel (116), et encore, à l'heure où nous écrivons ces lignes, religieusement récité dans la célébration du culte administratif : témoin l'arrêt *Verbanck* (117).

Il nous reste à poursuivre l'examen de la thèse de la compétence administrative en passant à l'argument tiré de la règle de la « séparation des pouvoirs », avec laquelle, nous ne saurions trop le répéter, l'arrêt *Blanco* n'a *rien de commun* — que son visa.

(115) H. BERTHÉLEMY, *Défense de quelques vieux principes*, Mélanges Hauriou, p. 819, 820.

(116) Cf. *supra*, notre Avant-Propos, p. 7.

(117) Cf. *supra*, p. 187, 188.

CHAPITRE II

2e BRANCHE. — L'ARGUMENT DIRECT DE COMPÉTENCE: SAUVEGARDE DE L'AUTONOMIE ADMINISTRATIVE AU NOM DU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE

La « Séparation des Pouvoirs » *secundum subjectam materiam* et le « trouble » administratif
Objet et division du présent Chapitre

Sans même se tourner vers le camp civiliste, où l'on n'hésite pas à dénoncer « l'encombrante vénération pour le principe de la séparation des pouvoirs » (1), il est loisible de lire, sous la plume d'un des maîtres les plus hautement autorisés du Droit public, M. Gaston Jèze, une appréciation comme celle-ci : « On peut faire dire à la règle de la séparation des pouvoirs tout ce qu'on veut (2)... Au fameux principe on peut faire dire tout ce que l'on veut...» (3).

Nous n'irons pas jusque-là, et nous nous garderons de cette sévérité qui, pourtant, simplifierait singulièrement notre tâche. Modeste critique de l'abus, nous n'en témoignerons nous-même que plus d'égards au principe — et d'abord en le définissant.

Dès l'époque révolutionnaire, l'expression « séparation des pouvoirs » était, on le sait, entendue en deux acceptions *différentes* — et même *opposées* (4).

(1) Cf. observation précitée de M. Paul Cuche, *supra*, p. 202.

(2) R. Dr. Publ., 1908, p. 271.

(3) R. Dr. Publ., 1913, p. 34. — Et encore : « La distinction entre la faute de service et la faute personnelle est une des conséquences néfastes du principe de la séparation des pouvoirs » (R. Dr. Publ., 1910, p. 77).

(4) Sur cette dualité contradictoire, cf. Appleton, *Traité*, p. 16 et s. : d'une part « application par les hommes de la Révolution des principes de la philosophie libérale dont ils étaient nourris » ; d'autre part, « continuation de l'œuvre centralisée de la monarchie absolue ».

Au sens originaire et général, celui de Montesquieu et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la « séparation des pouvoirs » consiste dans l'attribution, à des titulaires distincts, des trois « pouvoirs », des trois manifestations de la souveraineté nationale, de la « puissance publique » : législative, exécutive, judiciaire, et cela en vue de la garantie des droits individuels.

En un sens secondaire et spécial, mais qui est précisément le siège de notre matière, la « séparation des pouvoirs », a été conçue, au contraire, comme une garantie du pouvoir exécutif (gouvernemental et administratif) contre le pouvoir judiciaire considéré comme un danger pour le pouvoir exécutif en même temps que comme une sauvegarde pour les droits individuels (5) — et consiste en une limitation du domaine d'activité de l'autorité judiciaire, limitation toujours rapportée aux lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, que vise invariablement, nous l'avons constaté (*supra*, p. 142), toute la jurisprudence en matière de responsabilité pécuniaire de l'Etat, savoir (6) :

Loi des 16-24 août 1790 tit. II art. 13. — « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Loi du 16 fructidor, an III. — « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient. »

C'est en cette acception que nous emploierons toujours l'expression : « séparation des pouvoirs », de préférence à l'expression : « séparation des autorités administrative et judiciaire », à laquelle nous n'apercevons vraiment rien de préférable en dernière analyse, et sur laquelle elle présente le double avantage de la brièveté, *et de*

(5) « Le principe de la séparation des pouvoirs (lors de sa proclamation) est tourné tout entier contre le pouvoir judiciaire, dont on se méfie parce qu'il est soupçonné d'être hostile à l'ordre des choses nouveau ». Paul Duez, *Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France*, Mélanges Hauriou, p. 232. Ajoutons que, dans le système de la rénovation actuelle (cf. *infra*, p. 274) du même principe de la séparation, le pouvoir judiciaire se voit : et *déchargé* de *l'accusation* de danger public et *déchu* du *titre* de sauvegarde individuelle. Autant nous souscrirons ici à *la décharge*, autant nous contesterons, au cours de ce Chapitre, *la déchéance*.

(6) D'après nos recherches, le premier visa de la loi des 16-24 août 1790 apparaîtrait dans l'arrêt : Trib. Cass., Sect. Cass., 19 juill. 1793, *Naulin*, S. 1.I.19, et le premier visa du couple des deux textes : 1790 an III dans l'arrêté directorial du 2 germinal an V (S. Lois, I, p. 417). Cf. *infra*, Addenda, p. 479, n. 2.

la consécration séculaire en la matière qui nous occupe : responsabilité de l'Etat.

Mais ce n'est pas tout, parce que, depuis quelques années, cette « séparation des pouvoirs », entendue comme limitation du domaine de l'autorité judiciaire a, comme nous l'avons déjà signalé (7), subi, en quelque sorte, une transformation allotropique : de *séparation politique des pouvoirs*, elle s'est muée en une simple *division technique du travail*, c'est-à-dire des attributions juridictionnelles. Et cette « séparation des pouvoirs » nouveau modèle, ce « néo-séparatisme », si l'on nous permet ce vocable, ne prétend pas moins que la conception traditionnelle justifier : en général, l'institution de la justice administrative et, en particulier, sa compétence à l'égard de la responsabilité civile de l'Etat.

Nous aurions d'autant plus mauvaise grâce à négliger ce nouveau système *qu'il vient détruire lui-même la barrière dressée par le précédent contre la compétence judiciaire*. Quant à la solidité de celle par laquelle il a imaginé de la remplacer, nous en réservons, comme nous l'avons annoncé (*supra*, p. 213), l'examen pour le chapitre suivant.

Cela posé, et le principe de « la séparation des pouvoirs » étant entendu *en son acception traditionnelle, telle qu'elle ressort du couple des deux lois constitutionnelles de* 1790 *et de l'an III* précitées, en quoi ce principe peut-il s'opposer à la compétence judiciaire en matière de responsabilité civile de l'Etat ? C'est sur ce point qu'il convient d'interroger d'abord la thèse administrative. Ses représentants ne se font pas faute de nous expliquer les raisons du « trouble » administratif imputable à la compétence judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat à raison de faits de ses agents administratifs.

« L'Assemblée Constituante, nous apprend DAVID (8), ne voulait pas que l'autorité judiciaire pût exercer une action quelconque sur l'administration ; elle ne voulait pas qu'elle pût troubler de quelque manière que ce fût ses opérations. Elle voulait conserver à l'autorité administrative sa liberté complète d'action vis-à-vis de l'autorité judiciaire, *afin que sa responsabilité restât entière vis-à-vis du Corps législatif qui devait avoir le contrôle exclusif de sa marche et de ses actes* ».

Laferrière qui, dans le passage analysé ci-dessus (p. 224 et s.) de son *Traité*, s'est attaché à justifier surtout la compétence administrative en notre matière par *l'argument indirect* de fond, n'en a

(7) Cf. *supra*, p. 146 et n. 15 ; 197.
(8) Conclusions *Blanco*, *supra*, p. 136.

pas moins, en deux autres endroits de cet ouvrage, présenté *l'argument direct de compétence* en des termes que leur perfection nous fait un devoir de reproduire textuellement.

Voici donc la première formule (9) :

« Le but de la législation révolutionnaire n'aurait pu être atteint s'il avait suffi des réclamations d'une partie pour provoquer et justifier l'intervention des tribunaux judiciaires dans le domaine administratif. En effet, ces réclamations et les décisions qui s'ensuivent peuvent avoir pour effet de modifier ou d'infirmer directement *ou indirectement* une *décision* de l'administration, directement si les conclusions tendent à l'annulation ou à la réformation de l'acte, *indirectement* si elles tendent à la faire interpréter, à faire statuer sur *sa validité et sa portée légale*, à faire dire que la partie pourra passer outre et que l'acte sera non avenu à son égard *ou, enfin, à faire condamner l'administration à payer des indemnités* pour le dommage que l'acte a pu causer. Ces dernières sortes de réclamations, tout en paraissant laisser hors de cause l'existence même de l'acte administratif et sa force exécutoire, tendent à *grever le Trésor public* d'une responsabilité pécuniaire par cela seul que l'acte reçoit application. *Le trouble ainsi apporté* à l'action administrative n'est pas moins grave, car il peut imposer à l'administration, *par une inévitable contrainte, le retrait de sa décision...* »

Et voici le second (10) :

« Ne pouvant entraver directement l'exécution (d'un) acte administratif (l'autorité judiciaire ne peut pas *l'entraver indirectement* en infligeant *à l'administration* des *condamnations pécuniaires* à raison de l'usage qu'elle aura fait de ses pouvoirs. »

Un peu plus tard, l'auteur d'un article de revue écrivait :

« Il me paraît difficile de prétendre que l'on respecte *l'acte* administratif lorsqu'on ordonne *la réparation pécuniaire de ses conséquences* » (11).

Dans son ouvrage (12) : *La Responsabilité de la Puissance publique* (1906, n° 55), M. Georges Teissier observe que :

« la question de savoir si le fonctionnement du service incriminé peut, ou non, engager la responsabilité de l'Etat nécessite la détermination de la nature gouvernementale ou administrative d'actes du pouvoir exécutif, *l'appréciation de règlements de décisions et d'ordres d'autorités administratives*, toutes choses que les tribunaux *ordinaires* (13) ne peuvent pas faire sans violer le principe même de la séparation des pouvoirs, car, si les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III ne leur permettent pas de connaître des actes administratifs pour en prononcer *l'annulation*, elles ne leur donnent pas davantage le droit *de les apprécier* pour en arbitrer les conséquences dommageables. »

(9) *Traité*, 2e éd., t. I, 1896, Livre préliminaire, p. 12.

(10) *Op. cit.*, I, p. 621.

(11) Gilbert-Massonié, *De la compétence des tribunaux judiciaires à l'égard des fonctionnaires de l'ordre administratif*, R. Gén. Dr. Lég. Jur., 1902, p. 30.

(12) Auquel nous avons déjà eu l'occasion de nous référer à propos de « la fortune de l'arrêt *Blanco* », cf. *supra*, p. 153, n. 38 et p. 198; *infra*, p. 276 et n. 17.

(13) Une fois de plus (v. *supra*, p. 209 et n. 182), nous devons relever l'épithète (cf. *infra*, p. 407).

Puis on a pu lire sous la plume même de M. François Gény (14) :

« La règle capitale de notre Droit public qui maintient séparées les fonctions administratives de la fonction judiciaire proprement dite implique, suivant nous, que les tribunaux ordinaires ne peuvent, en principe et à moins d'une attribution légale expresse, connaître *des conséquences* d'actes administratifs qu'ils ne sauraient apprécier juridiquement sans porter un jugement sur *ces actes mêmes* et par suite *entraver la liberté de l'administration.* »

M. Pierre Dareste donne cette formule très voisine (15) :

« L'administration qui est *condamnée à des dommages-intérêts* à raison d'un acte est *à peu près dans la même situation que si* cet acte avait été annulé pour *excès de pouvoir*. Le juge compétent pour prononcer la condamnation exerce, en réalité, sur toute l'administration *un contrôle*... qui *paralyse* son action. »

Cette même appréhension de la réparation pécuniaire apparaissait encore sous une forme particulièrement expressive dans les conclusions d'un éminent commissaire du gouvernement (16) :

« Pour s'acquitter de la lourde mission de maintenir l'ordre dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action énervée par des menaces permanentes de complication contentieuse. »

A propos de l'affaire *Feulry* (cf. *supra*, p. 152 et s.), Léon Duguit (17) observait :

« Le Tribunal des Conflits s'est prononcé en faveur de la compétence administrative « considérant... que *l'appréciation des fautes* qui auraient pu se produire dans l'exécution du service *n'appartient pas à l'autorité judiciaire* ». On voit que *l'unique et suffisante raison* de décider en faveur de la compétence administrative est fondée sur le fait qu'il s'agit *d'apprécier* le fonctionnement d'un service. »

Et enfin, à la juridiction judiciaire, elle-même, il a pu plaire d'être... exclue. Saisie d'une action en responsabilité de l'Etat par la victime d'un accident causé par un cheval de l'armée, la cour de Riom, dans son arrêt précité : 12 janvier 1880, *Rossignol*, S. 1881.II. 20, n'a pas craint de poser :

— d'une part, « que cette responsabilité... ne peut être déterminée qu'eu égard à des *règlements de service et de discipline* » (?)

— d'autre part, « que les tribunaux seraient conduits pour statuer sur de telles demandes à examiner et à apprécier des actes et des règlements émanés de l'administration au risque de nuire gravement au pouvoir comme à l'indépendance de celle-ci ».

En vérité, comment ne pas, en présence d'une si scrupuleuse orthodoxie, observer — en transposant une jolie formule de Mau-

(14) *Des Droits sur les lettres missives*, t. I, 1911, p. 130.
(15) *Voies de Recours*, 1914, p. 592, n. 1.
(16) Conclusions de M. le Comm. du gouv. Rivet dans l'affaire : Cons. d'Et., 13 mars 1925, *Clef*, S. 1926.III.36.
(17) *Transf. du Dr. public*, 1913, p. 174. — Cf. *supra*, p. 275, et n. 12.

rice Hauriou (*Précis*, 11e édition, p. 40) — qu'il y a des juges — comme des peuples — « qui sont dans les fers, et qui ne s'en doutent pas » ?

Voilà donc l'argument de la « séparation des pouvoirs » selon la thèse administrative, à laquelle nous venons de voir la doctrine civiliste et la jurisprudence judiciaire apporter elles-mêmes leur contribution... *Super flumina Babylonis*... (cf. *supra*, p. 150). A l'analyse, cet argument se dissocie en deux « moyens », entre lesquels on peut voir osciller les extraits précités (18). D'une part, on s'inquiète d'un « trouble » *matériel et indirect* — « paralysie » — de *l'activité* administrative du seul fait de la « condamnation pécuniaire » judiciaire « de l'administration ». D'autre part, on s'émeut d'un « trouble » *moral et direct* de *l'autonomie* administrative par « l'appréciation » judiciaire des « règlements, décisions et ordres d'autorités administratives », et, plus généralement, de l'activité administrative.

Nous n'avons aucune raison de négliger l'une ni l'autre objections, mais il nous sera permis d'annoncer, dès à présent, que nous serons amené à rejeter radicalement la première et à accueillir la seconde *en soi*, mais non *en la conséquence* qui en est déduite, *pour la compétence*, par la thèse administrative (19).

C'est ainsi en l'examen de ces deux « troubles », en la mesure de leur réalité, en la déduction de la conséquence à en tirer pour la compétence en matière de responsabilité de l'Etat, que consistera *l'objet* du présent Chapitre. Sa *division* comportera deux Sections respectivement afférentes à l'un et l'autre « troubles ».

SECTION I

LE PRÉTENDU « TROUBLE » MATÉRIEL ET INDIRECT DE L'ACTIVITÉ ADMINISTRATIVE

L'ADMINISTRATION ET L'ÉTAT

En regard de ce grief, nous nous proposons d'établir ici :

1° *Qu'il n'est pas permis de parler de* « responsabilité — et, partant, de condamnation — *pécuniaire* de *l'administration* envers

(18) « Désaccord des violons », déjà constaté *supra*, p. 198.

(19) Ainsi *l'argument direct de compétence* — 2e branche, que nous étudions

l'administré » — pas plus, d'ailleurs (en droit interne), que de « *condamnation* — tant judiciaire qu'administrative — *de l'Etat* » mais proprement — et uniquement — de reconnaissance à la charge de l'Etat : « déclaration de l'Etat débiteur » d'une responsabilité (20) envers l'administré ;

2° Que le seul fait de la reconnaissance judiciaire à la charge de l'Etat (déclaration judiciaire de l'Etat débiteur) d'une responsabilité envers l'administré à raison d'actes — même administratifs et *a fortiori* non administratifs — d'agents administratifs, n'est pas, en soi, de nature à constituer *une menace de « trouble » matériel et indirect de l'activité de l'administration*, pas plus, d'ailleurs, qu'*une menace contre l'intérêt de l'Etat*.

A l'établissement de chacune de ces deux propositions sera consacré un paragraphe.

§ I. — Les expressions impropres et fallacieuses

Comme nous venons de l'annoncer, les expressions que nous visons sont les deux suivantes :

« *responsabilité pécuniaire de l'administration envers l'administré* »,

« *condamnation* » *de l'Etat*.

A la critique de chacune, correspondra un article.

ARTICLE 1. — IL N'EST PAS PERMIS DE PARLER DE : « RESPONSABILITÉ PÉCUNIAIRE DE L'ADMINISTRATION ENVERS L'ADMINISTRÉ » L'ADMINISTRATION N'EST PAS L'ÉTAT

Selon son intitulé, le présent article comprendra deux numéros : le premier consacré à l'expression : « responsabilité pécuniaire de l'administration envers l'administré » ; le second, à la confusion entre *l'administration* et *l'Etat*, de laquelle procède la dite expression.

actuellement, de la thèse de la compétence administrative — se subdivisera lui-même en deux : l'un absolument direct, l'autre — relativement — indirect.

(20) Et encore, nous devrions strictement dire : « *garantie* » (cf. *supra*, p. 265, n. 95), mais nous conservons : « responsabilité » autant que nous le pouvons et pour la raison indiquée ci-dessus (p. 33, n. 66).

N° 1. — La prétendue « responsabilité pécuniaire de l'administration envers l'administré »

Sous des signatures autorisées entre toutes, on peut lire que, pour la réparation des préjudices causés par le fait d'agents administratifs aux particuliers, « *l'administration* est condamnée à payer des indemnités » (21) — « des condamnations pécuniaires sont infligées *à l'administration* » (22) — « *l'administration* est condamnée à des dommages-intérêts » (23). On voit traiter « les responsabilités pécuniaires *des administrations publiques* » à l'égard de « l'administré qui demande *à l'administration* une indemnité pécuniaire » (24). On a vu surgir la singulière « responsabilité du patrimoine *administratif* » (25). On ne saurait, par ailleurs, contester que le mot « pécuniaire » soit sous-entendu dans les expressions courantes « responsabilité administrative » (26) — « responsabilité de l'administration » (27) — « actes dont l'administration supporte la responsabilité entière » (28) — « responsabilité encourue par l'administration publique » (29) — « actions en responsabilité intentées contre l'administration » (30).

(21) Laferrière, I, p. 12 (cf. *supra*, p. 275).
(22) *Ibid.*, p. 621 (cf. *supra*, p. 275).
(23) P. Dareste, *V. d. R.*, p. 592, n. 1 (cf. *supra*, p. 276).
(24) M. Hauriou, *Précis de Dr. adm.*, 11e éd., p. 301 et 302.
(25) Terminologie consacrée par la Revue du Droit Public et l'Ecole du « Droit objectif ». On trouve même dans la « *Responsabilité* de la Puissance publique » de M. Paul Duez (p. 22, n. 1 et 255) l'expression : « responsabilité du *patrimoine administratif* ». Nous ne nous en prendrons pas ici au substantif : « patrimoine » ; nous ne nous demanderons pas : de ce « patrimoine » « devant *supporter* la réparation » (L. Duguit, *Traité*, III, p. 471, *in fine*), quel sera le *support ?* Nous demanderons simplement si cette « caisse collective » (*ibid.*, p. 469) est alimentée par *l'administration*, par la collectivité *administrative*, ou par la collectivité *nationale*, par la contribution *des services publics*, des services du public — ou par celle du public lui-même. Quand Léon Duguit observe que « sans les usagers, les services publics *fonctionneraient dans le vide* » (*Sit. jur. du partic. fais. us. d'un serv. publ.*, Mél. Hauriou, p. 257), nous croyons pouvoir répondre que, « sans les usagers », les services publics ne fonctionneraient pas du tout, ou bien nous demandons avec quel argent ils fonctionneraient : l'argent des agents ?
(26) Parmi une infinité de références : P. Duez, *R. P. P.*, p. 34, p. 57, etc...
(27) Parmi une infinité de références, citons : Hauriou, *Précis*, 11e éd., 1927, p. 308 et s. ; L. Duguit, *Traité*, t. III, p. 47 ; R. Bonnard, note au S. 1931.III.90, col. 2.
(28) P. Dareste, *Voies de recours*, 1914, p. 591.
(29) Trib. Confl., 26 mai 1924, *Vve Lemetti*, *Rec.*, p. 502, *S.*, 1924.III.49, cf. *supra*, p. 163.
(30) J. Appleton, *Traité*, p. 261, 426, etc,

D'où il résulte bien qu'il existerait une « responsabilité pécuniaire de l'administration envers l'administré ».

Or, il suffit de se reporter à nos précédentes observations — dont le développement se justifiera peut-être ici — observations présentées: d'abord, dans notre Introduction (*supra*, p. 85, n. 228), puis dans son Appendice (*supra*, p. 97 et s.), puis au cours du Chapitre précédent (*supra*, p. 221, n. 16 ; 229, note ; 238), pour reconnaître l'inadmissibilité d'une telle conception. Dans les premiers passages, en effet, nous croyons avoir établi que *le personnel d'un service* — privé comme public — et *le créancier du maître du service*, sont des TIERS, s'ignorant juridiquement ; dans les suivants, nous avons déduit de ce principe appliqué au service public qu'*il n'y a d'obligation administrative de l'administration qu'envers l'Etat, comme il n'y a d'obligations administratives envers les citoyens que de l'Etat*. La conclusion immédiate est *l'inconcevabilité d'une responsabilité de l'administration envers l'administré*.

Inconcevabilité qui s'élève au suprême degré lorsque, non content de parler de « responsabilité de l'administration » envers l'administré, on ajoute, on précise : « pécuniaire. » Le « patrimoine » sur lequel l'administration « répondrait » envers l'administré, l'argent avec lequel elle payerait sa « condamnation », seraient-ils donc le patrimoine, l'argent, *de l'administration ?* Et les deniers publics, le Trésor public — c'est-à-dire le Trésor du Peuple, *de la Nation* — un trésor *administratif ?* Et se peut-il confusion plus flagrante — et plus captieuse — entre l'administration et l'Etat ?

Et, précisément, nous touchons ici à la racine du mal, que nous nous proposons maintenant de mettre à nu.

N° 2. — L'administration n'est pas l'Etat

Formuler un tel aphorisme : « l'administration n'est pas l'Etat », présente un double danger. *Contester l'identité de ces deux entités, c'est s'exposer à l'alternative de se voir contester à son tour : soit la réalité — soit le vice — d'une telle confusion.* Il convient de faire face à ces deux répliques, d'ailleurs contradictoires. Sur quoi, nous serons, d'un mot, en mesure de conclure.

A) RÉALITÉ DE LA CONFUSION ENTRE L'ADMINISTRATION ET L'ETAT.

Que les protagonistes de la compétence administrative se soient délibérément complu à confondre l'administration et l'Etat, cela ressort déjà : et de la liste des expressions alignées en tête du numéro précédent (cf. *supra*, 279 et s.) et de toutes les citations du para-

graphe préliminaire de la présente Section, où l'on voit dénoncés les inconvénients de la « condamnation infligée *à l'administration* » par l'autorité judiciaire. Mais ce qui est plus grave, c'est que cette confusion n'est pas un accident cantonné dans la matière de la responsabilité. C'est, tout au contraire, un système, une vue de principe se trahissant chez des auteurs considérables entre tous — et représentant, par ailleurs, les doctrines les plus diamétralement opposées.

On sait que, selon la théorie si justement appelée par Maurice Hauriou : « l'Ecole du service public » (31), et spécialement pour son chef Léon Duguit, « l'Etat est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants » (32). M. Paul Duez, lui-même (33), accepte, pour l'Etat, la définition : « agrégat de services publics », ce qui est proprement la définition *de l'administration* — y compris celle de la justice. Si l'on ouvre, en effet, le *Vocabulaire juridique* rédigé sous la haute direction de M. Henri Capitant, Fascicule, I, 1930, lettre A, p. 38, on lit, au mot *administration :* « Ensemble de services et d'agents groupés sous la direction du gouvernement » (34). On ne saurait donc mieux confondre l'administration et l'Etat... si ce n'est en poussant la confusion... jusqu'à leurs noms... Et c'est précisément cette identification — même verbale — que l'on découvre dans le camp adverse. Ainsi peut-on lire par exemple sous la plume de Maurice Hauriou (35) :

(31) *Précis*, 11e éd., Introd., p. VIII.

(32) L. DUGUIT, *Traité de Dr. Const.*, 2e éd., t. II, 1923, p. 54. Cf., du même auteur, dans les *Leçons du Droit Public général*, 1926, p. 152 : « L'Etat est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics »... *Et nous?* — diront, comme *Flambeau*, les « gouvernés » !

(33) *R. P. P.*, Introd., p. XIV.

(34) C'est également une définition du *Larousse du XXe siècle :* « L'administration est l'ensemble des services publics » — Il convient, d'ailleurs, de spécifier — et d'ajouter — que, dans la matière qui nous occupe, le terme « administration » est encore entendu plus étroitement, puisqu'il ne comprend pas *le service public de justice judiciaire*, et que c'est justement de cette différenciation que procède le « conflit » objet de notre étude : « L'administration, écrit M. Louis ROLLAND (*Précis de Dr. adm.*, 1932, p. 3), c'est l'ensemble des services publics autres que ceux assurés par la Cour de Cassation... ». Ainsi *n* étant le nombre de services publics, « l'administration » est *la somme* de *n*-1, le *n*e étant le service public de justice judiciaire. Et, en dernière analyse, le conflit administratif — judiciaire de compétence, que nous nous attachons ici à dirimer, peut se définir : *la lutte de* n-1 *contre* 1, et encore avec cette aggravation que la justice judiciaire est subordonnée à un « administrateur » : le ministre de la Justice, lequel, *précisément dans le cas de « conflit »*, est, nous l'avons vu à trois reprises (*Blanco, Feutry, Dame Mélinette*), plus « *ministre* » que « *justice* » (V. *supra*, p. 141, n. 8 ; p. 152 et p. 175).

(35) *Précis*, 11e éd., p. 108, n. 1.

« ...des administrations publiques qui individualisent des groupes territoriaux de population... »

« ..l'administration centrale de l'Etat que, pratiquement, on appelle simplement l'Etat... » (36).

Une autre modalité familière à la littérature juridique administrative, dans l'opinion qui admet la « Puissance publique », consiste, précisément, à *annexer la dite Puissance publique au pouvoir exécutif, voire administratif*, jusqu'à les confondre (37). Ce que faisant, on oublie simplement que « Puissance publique » signifie *littéralement* : « Souveraineté nationale » : *législative, exécutive, judiciaire.*

Mais la forme la plus grave peut-être, de la confusion entre l'administration et l'Etat est cette idée, dont nous réservons pour un instant l'examen (cf. *infra*, p. 302 et s.), que la séparation des pouvoirs (dans le sens où nous la prenons ici) « tend à protéger l'Etat (!) et les services publics contre le pouvoir judiciaire » (38).

Pour en revenir, enfin, à la responsabilité, peut-on mieux voir *l'administration revêtue de... la peau de l'Etat*, que dans l'apophtegme classique de M. Hauriou : « Qu'*elle fasse* mais qu'*elle* paye » (39) ? — Un éminent maître civiliste, M. le doyen Fr. Gény écrit lui-même : « A vrai dire, la responsabilité individuelle des agents se trouve remplacée... par la responsabilité de l'administration elle-même, *c'est-à-dire* de l'Etat » (40).

L'accord, si difficile à établir entre Ecoles adverses sur tant de points, voilà qu'il se réalise merveilleusement en vue de cette fin commune : *l'administration au-dessus de tout !* Comment, dans ces conditions, l'heureuse bénéficiaire de cette rare convergence entre des théories si divergentes, comment l'administration, non igno-

(36) Est-il besoin d'ajouter que cette même terminologie se retrouve par exemple chez M. Jean Appleton (v., dans le *Traité*, l'intitulé et la première phrase du n° 278, p. 378), et que M. Félix Moreau, après avoir présenté une magistrale conception de la personnalité juridique de l'Etat, à laquelle nous donnons notre pleine adhésion, n'hésite pas à qualifier l'Etat de « personne administrative » (Dr. adm., 1909, p. 30 et 201).

(37) Ainsi, quand M. Hauriou parle (*Précis*, 11e éd., Introd., p. XIII) de la « Puissance publique... soumise à l'idée de servir » et, plus loin (p. 944, note), des matières où « les tribunaux judiciaires sont chargés de contrôler la Puissance publique », il ne semble pas douteux qu'il entende : « l'administration ». De même, F. Moreau, *Dr. adm.*, 1909, p. 5 ; P. Dareste, *V. d. R.*, p. 2, n. 1.

(38) J. Appleton, *Traité*, p. 17 (Cf. *infra*, p. 304, n. 110).

(39) Entre autres références : *Précis de Dr. adm.*, 5e éd., 1903, p. 239 ; 11e éd., 1927, p. 39. L'erreur a été ainsi rectifiée par Léon Michoud (nous avons annoncé cette rectification, *supra*, p. 57, n. 132) : « Que *l'Etat* fasse, mais qu'*il paie* » (*Pers. Adm.*, t. II, n° 293, p. 286) — Nous dirons : Que l'administration fasse, mais que l'Etat paie.

(40) *Des droits sur les Lettres missives*, t. I, 1911, n° 40, p. 97.

rante de la puissance des mots « *nomina numina* » pourrait-elle un instant hésiter à consacrer une si touchante entente en proclamant, à son tour — royalement : « L'Etat, c'est moi » (41) ?

D'où il appert que la distinction, que la différenciation, entre l'administration et l'Etat a été assez perdue de vue pour qu'il ne soit pas jugé superflu d'en rappeler — nous ne disons pas : d'en démontrer — l'évidence.

B) Vice de la confusion.

C'est plutôt : vice *des* confusions que nous aurions dû dire, car, comme nous venons de le voir, ce sont bien deux confusions qui se

(41) Ce qui a pu, sinon déterminer, du moins faciliter singulièrement la confusion entre l'administration et l'Etat, on l'aperçoit aisément.
— *C'est, d'abord*, la confusion de fait résultant de l'interpénétration juridique *entre l'administration et le gouvernement :* « Le dépositaire de la puissance exécutive est, à la fois, le chef du gouvernement et l'administrateur supérieur du pays »... « l'administration est le complément et l'action vitale du gouvernement » (Th. Ducrocq, *Cours de Dr. adm.*, 7e éd., t. I, p. 28). — « Chez nous, l'amalgame du gouvernement et de l'administration est très intime » (M. Hauriou, *Précis*, 11e éd., 1927, p. 9, n. 1)... « La définition exacte et la distinction du gouvernement et de l'administration constituent une des grandes difficultés du Droit public » (M. Hauriou, *Précis*, 10e éd., 1921, p. 18, n. 1). — « L'opposition entre l'administration et le gouvernement repose sur une équivoque et une exagération » (Carré de Malberg, *Contrib. à la théorie gén. de l'Etat*, t. I, 1920, n° 177, p. 529). — « Il est pratiquement impossible de distinguer, dans un régime de centralisation, l'action gouvernementale de l'action administrative. Les ministres qui gouvernent sont aussi chefs de l'administration et subordonnent l'exercice de cette dernière fonction à leurs préoccupations politiques et les préfets agissent de même : les nécessités électorales dominent l'administration » (Raphaël Alibert, *Le Contrôle juridictionnel de l'administration*, 1926, p. 18). — Il nous sera permis de résumer cet ensemble concordant de constatations en cette formule de notre savant maître, M. le professeur Louis Trotabas, *Constitution et gouvernement de la France*, 1930, p. 69 : « L'administration est le prolongement du gouvernement.»
— *C'est ensuite*, la fatalité de la confusion *entre le gouvernement et l'Etat :* « Ceux qui pensent moins aux possibilités d'une politique idéaliste qu'aux réalités de la force, écrit M. de Lapradelle, identifient l'Etat et le gouvernement. Confusion aisément explicable : les gouvernants ont été, de tous temps, pour beaucoup, la personnification visible de l'Etat et partant l'Etat lui-même... Plus d'une fois confondus *par simple inadvertance*, Etat et gouvernement sont parfois aussi *volontairement* pris l'un pour l'autre. L'absolutisme y trouve son avantage : le prince dira volontiers : « l'Etat, c'est moi. » (de Lapradelle, *Cours de Dr. const.*, 1912, p. 17). — Et pourquoi même le gouvernement, et pourquoi l'administration — son « prolongement », selon la belle et juste formule, citée il y a un instant, de M. Louis Trotabas — s'arrêteraient-ils en si bon chemin ? *A la hauteur* de l'Etat, c'est bien : *au-dessus* est mieux. Et c'est ainsi que, dans le message radiodiffusé, adressé le 23 avril (journaux du 24) par M. Edouard Herriot au peuple américain, on peut lire : « au nom du gouvernement et du peuple français », « à la disposition du gouvernement et du peuple américain »... En vérité, dans ces conditions, la nécessité, aujourd'hui si prônée, de la « restauration de l'exécutif »,

produisent : de la part de l'école spiritualiste, *par exaltation de l'administration*, de la part de l'école « du service public », *par constriction de l'Etat*.

En ce qui concerne cette dernière, nous ne saurions entrer ici dans une discussion débordant amplement notre étude. Pour les besoins de celle-ci, il nous suffira de rappeler que, *l'Etat étant même réduit à ses services*, il paraîtrait néanmoins excessif, comme nous l'avons indiqué (*supra*, n. 25 de la p. 279) de poser que c'est « l'argent de ses agents » qui répond du préjudice envers l'administré (42). Alors, dira-t-on encore que c'est l'administration, *somme de ces agents* — que c'est le patrimoine « *administratif* » — qui est pécuniairement responsable envers l'administré? La réponse négative, que nous osons d'autant plus espérer qu'elle nous est fournie par Léon Duguit lui-même (43), est, précisément, ce qu'il fallait démontrer.

De même, dans le parti de la « puissance publique », et de la « personnalité » support du droit, peut-on songer un instant à donner, comme support, à la responsabilité, l'administration — *en fait le département ministériel intéressé* — qui n'est pas une personne (44), l'administration, *simple entité*, non douée de la personnalité juridique, que possède *seule* la collectivité des administrés (45). Aussi bien l'on peut lire, sous la plume de M. Hauriou lui-même :

de ce « commis » de la Nation, nous paraît comporter, pour le moins, quelques réserves... ne fussent-elles que de forme, en faveur de la souveraineté du « maître »... ne fût-elle que nominale.

(42) Tout compte fait, l'Ecole « réaliste » du « Droit objectif » se caractérise *par un désintéressement de la question d'argent qui éloigne passablement son « réalisme » de la réalité*. Elle oublie un peu que « l'administration s'obtient à prix d'argent », d'un argent qui n'est pas le sien, et que, si « ce n'est pas le gouvernement qui occupe et paie les fonctionnaires, mais l'Etat » (J. L. Chastenet, *Ce pelé... ce galeux : le fonctionnaire français*, 4e éd., p. 108), ce sont encore moins « les gouvernants » et les « agents » qui se paient eux-mêmes, et encore moins qui paient la réparation des préjudices par eux causés aux « gouvernés ».

(43) Ainsi en est-il lorsque le savant auteur (*Traité*, III, p. 471, *in fine*) impute la « responsabilité de l'Etat » à la « collectivité nationale », la faisant peser sur « tous », sur « le patrimoine commun, c'est-à-dire l'Etat » — collectivité *nationale* nous le répétons, et non plus *administrative*. De même, lorsque M. Roger Bonnard, pour qui aussi l'Etat est « constitué par un ensemble de services publics » (*Précis de Dr. adm.*, 1926, p. 15), se prononce, d'autre part (note *Motsch* précitée, au S. 1930.I.305), pour « l'Etat *nation* » : cf. *supra*, p. 229, n. 30.

(44) Cf. Maurice Hauriou, *Principes du Droit Public*, 2e éd., 1916, p. 88.

(45) Quand Maurice Hauriou écrit : « L'Etat considéré comme administration est doué de la personnalité juridique » (*Précis*, 11e éd., p. 109), il faut, croyons-nous, traduire ainsi la pensée du maître : « L'Etat, *dans son activité administrative*, est doué de la personnalité juridique » et nous préférerions encore : « *L'Etat* est doué de la personnalité juridique. »

« Il existe une institution administrative française qui est l'ensemble des entreprises organisées pour réaliser l'idée de l'administration publique. Elle constitue, *dans l'Etat, une société douée d'une certaine autonomie* » (46).

Dire que l'administration est *dans* l'Etat, c'est dire, apparemment, que l'administration n'est pas *l'Etat*, pas plus que l'Etat ne se réduit à une administration. La vérité est : non pas que l'Etat *est* une administration, mais que l'Etat *a* une administration. Ce n'est qu'une différence entre le verbe ÊTRE et le verbe AVOIR ! L'Etat — qui n'est autre chose que *la nation juridiquement et politiquement organisée* (47) — institue des services publics dont l'ensemble constitue l'administration publique, laquelle n'est pas *l'Etat*, mais bien *au service de l'Etat*, et dont le personnel de serviteurs publics exerce divers ordres de fonctions selon la hiérarchie organisée des autorités administratives. L'administration, qui est la somme organique des services publics administratifs, ne saurait être plus confondue avec l'Etat que le serviteur, que le « commis » (48), le « régisseur » le terme est de Maurice Hauriou (*Pr. él.*, 1926, p. 5) — avec son maître, avec « *son patron : la France elle-même* » — cette fois c'est Raymond Poincaré qui parle. Et c'est encore l'éminent président du Conseil qui, dans le même discours, le 30 juin 1928, déclarait aux membres de la Chambre des Députés :

« *Vous n'êtes rien*, Messieurs, *sans le peuple* qui vous élit et que vous représentez ; *nous autres ministres nous ne sommes rien sans vous*, qui nous contrôlez, qui nous donnez ou nous refusez votre confiance. »

Et c'est un autre ancien président du Conseil, certes non suspect de collusion avec le précédent, qui, plus récemment et en sa qualité de président de la commission sénatoriale des finances, lançait, du haut de la tribune du Sénat, au pouvoir exécutif — partant : à l'administration comme au gouvernement — cette semonce aussi cinglante qu'humblement acceptée :

« Un ordre de la Nation a été formulé par le Parlement... le gouvernement a accepté le texte qui a été voté. S'il ne l'acceptait pas, il n'avait qu'à s'en

(46) M. HAURIOU, *Précis élém.*, 1926, p. 5.

(47) « L'Etat est *la Nation* organisée », H. BERTHÉLEMY, *Traité de Dr. adm.*, 11e éd., 1926, p. 2). — « L'Etat est une certaine forme... centralisation politique et juridique donnée à *la nation* » (M. HAURIOU, *Précis*, 1re éd., 1923, p. 32). — « L'Etat est la *personne interposée* de la *nation* » (Georges RENARD, *Théorie de l'Institution*, I, 1930, p. 155).

(48) D'après ROUSSEAU, il y a le pouvoir *souverain* qui appartient *au peuple*, et il y a le gouvernement *commis* du peuple (*Contrat Social*, Livre III, Chap. I, cité par DUGUIT, *Dr. Const.*, 2e éd., t. II, 1923, p. 532).

aller. C'est une question constitutionnelle qui est ici en jeu. L'existence ministérielle est sans doute précieuse, *mais il vaut mieux la perdre que de ne pas obéir aux volontés du Parlement qui sont celles de la Nation*... LORSQUE LE PARLEMENT A DONNÉ UN ORDRE, LE GOUVERNEMENT N'A QU'A L'EXÉCUTER... » (49).

L'administration est si peu « l'Etat », qu'elle peut même, elle, sa servante, le desservir, et que l'Etat doit — à cet égard — se garantir de ses écarts et *par un triple contrôle :*

« En poursuivant isolément et aveuglément le but qu'elles veulent atteindre, les autorités administratives risquent de léser D'AUTRES INTÉRÊTS DE L'ETAT (50) *tout aussi importants et même plus élevés*, et, en particulier, de troubler ou de violer le droit ; il peut aussi arriver QUE LA VOIE ADOPTÉE PAR L'ADMINISTRATION NE SOIT PAS EN HARMONIE AVEC LE BUT GÉNÉRAL QUE POURSUIT LA POLITIQUE DE L'ETAT. Par conséquent, l'Etat a besoin, à l'égard de SA propre administration, d'une protection qui le mette à l'abri de tout ce qui peut léser les intérêts étrangers à l'activité administrative. De là, un triple contrôle de l'administration : 1° Le contrôle financier... 2° Le contrôle juridique... 3° Le contrôle politique » (51).

Confondre l'administration avec l'Etat, c'est confondre la Cité avec son gouvernement *...qui n'est que sa gouvernante* (52). C'est simplement négliger... *les citoyens.*

Pour nous résumer et conclure, nous croyons avoir établi que :
— d'une part, *faute de relation juridique obligatoire entre administration et administré,*
— *d'autre part, faute de* PERSONNALITÉ *de l'administration* (dans une Ecole), *comme faute de* PATRIMOINE *de l'administration* (dans l'autre Ecole),
IL N'EST PERMIS DE PARLER : *ni de responsabilité — ni de condamnation —* PÉCUNIAIRE *de l'administration* ENVERS L'ADMINISTRÉ.

Quand on parle de responsabilité *pécuniaire envers l'administré* (53), ce ne peut être que *de l'Etat*, et l'expression : « responsabilité administrative » n'est correcte qu'ainsi complétée : « responsabilité administrative » *de l'Etat.*

Et, maintenant, *quid* de la « condamnation » de l'Etat ?

(49) Discours de M. CAILLAUX à la séance du 19 mai 1933 matin, au Sénat.

(50) La tragiquement et tristement célèbre affaire *Olivier-Zimermann* contre *Préfet des Basses-Pyrénées* fournit, dans cet ordre d'idées, une illustration *de nature à satisfaire les esprits les plus difficiles:* Cons. d'Et., 27 fév. 1903, S. 1905.III.17, avec une des plus belles notes de Maurice HAURIOU, et sa délicieuse explication des exactions préfectorales : « *Hélène, tu perdis Troie!* » (*N. A. H.*, I, p. 561). Cf. *infra*, p. 296, n. 87.

(51) LABAND, *Le Droit public de l'empire allemand*, trad. Gandilhou, t. II, 1901, p. 550.

(52) Cf. *supra*, p. 229, n. 30-A-1°.

(53) La raison de cette précision, de cette réserve, apparaîtra au paragraphe suivant (*infra*, p. 294).

ARTICLE 2. — LA PRÉTENDUE « CONDAMNATION » DE L'ETAT

Peut-on, *en droit interne*, concevoir qu'une juridiction nationale : soit judiciaire, soit administrative, « condamne » l'Etat ? Pour la jurisprudence, cette question — si elle se l'est jamais posée — est résolue par l'affirmative. Les tribunaux de l'Etat « condamnent » l'Etat (54) ; les cours de l'Etat « condamnent » l'Etat (55) ; le Conseil ...*de* l'Etat « condamne » l'Etat (56). Il n'est pas jusqu'au Tribunal des Conflits lui-même qui n'ait tenu à inaugurer sa compétence de fond en « condamnant » l'Etat (57). De même la doctrine (58).

S'il est vrai — et l'on n'en saurait, à notre avis, douter — que la science, et au premier chef la juridique, est une langue bien faite, il n'est pas moins évident que rien n'est plus désastreux pour la science — et spécialement juridique — qu'une terminologie impropre. Or, il suffit d'un instant de réflexion pour apercevoir *l'énormité* d'une « condamnation » de l'Etat par une de ses juridictions, quelle qu'elle soit.

Nous ne parlerons même pas de la « condamnation » pénale, de la sanction répressive, de la justice punissante, qui, en droit interne et de la part d'une juridiction nationale, apparaît, à l'égard de l'Etat et, partant, de la nation, comme une monstruosité : voit-on l'exercice *de l'action publique* contre la *Puissance publique ?* (59) Nous considèrerons exclusivement la « condamnation » pécuniaire, civile, restitutive, indemnisante, et nous la verrons, à l'égard de l'Etat, *aussi inconcevable* en droit interne.

Qu'est-ce, en effet, de la part d'un juge, qu'une « condamnation », même ainsi dépouillée du caractère pénal, sinon une décision rendue *d'autorité* par le dit juge *contre la personne jugée* et comportant *exécution contre cette personne*. Et, maintenant, qu'est-ce que le juge en droit interne, sinon *le serviteur au service*

(54) Tr. civ. Hazebrouck, 22 juill. 1931, G. P. 1932.II.682.

(55) Riom, arrêt précité, 12 janv. 1880, S. 1881.II.20 (v. *supra*, p. 378) ; Cour spéciale de justice militaire, affaire des « Fusillés de Souain », journal « *Le Temps* » du 5 mars 1934.

(56) Cons. d'Et., 26 janv. 1923, *Nautrot*, Rec. 95.

(57) Tr. Confl., 8 mai 1933, *Rosay*, D. H. 1933, p. 336 ; v. *infra*, p. 389, 418, 422.

(58) Gaston Jèze, R. Dr. Publ., 1912, p. 269.

(59) Sur ce point, cf. notamment, Léon Michoud, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, II, n° 35, p. 30 et 31.

public de justice, le serviteur du peuple pour rendre la justice, le serviteur du peuple, de qui, constitutionnellement, il reçoit *mission de juger selon sa conscience*, du peuple, donc, PAR L'ORDRE de qui, POUR LE COMPTE de qui, AU NOM de qui (60), il juge — SELON SA CONSCIENCE, nous le répétons. Prétendre, dès lors, que le juge « condamne » l'Etat, c'est prétendre : que *le serviteur* condamne *le maître*, que *le fondé de pouvoir* condamne *le titulaire du pouvoir*, que « *la souveraineté dérivée* » (61) condamne *la souveraineté principale*, que *la branche* condamne *le tronc*, que *le constitué* condamne *le constituant*, que *la créature* condamne *le créateur*. Condamner quelqu'un c'est — d'abord — être, ou se mettre, *au-dessus* de celui qu'on condamne. Or, « il est difficile au juge de se considérer comme au-dessus de l'Etat, puisqu'il est précisément l'organe suprême par lequel s'exprime la volonté (de justice) de l'Etat » (62). Condamner, c'est, ensuite, non seulement *déterminer* et *dire*, mais aussi *ordonner* le droit. Or, comment le serviteur imposerait-il, d'autorité, sa décision au maître ? Ce n'est pas le juge, c'est *l'instituteur du juge*, c'est-à-dire : *le peuple* qui, par le juge qui le sert, exerce l'autorité (63).

Ainsi le juge, à l'égard de l'Etat, « *constate* le droit au nom de l'Etat » (64), mais ne le *commande* pas. La prétendue « condamnation » de l'Etat « n'a qu'une valeur déclarative, puisqu'elle ne comporte aucune exécution forcée directe » (65). Et c'est ainsi que s'explique la terminologie de la fameuse règle de l'Etat débiteur » ainsi formulée par Merlin : « Les tribunaux ne peuvent connaître

(60) « *Par l'ordre de* », « *pour le compte de* », « *au nom de* », les trois « locutions *prépositives* » dont la réunion est constitutive du « SERVICE » (cf. *supra*. Introduc., Section IV, p. 45), de la « *préposition* » (*supra*, p. 61). Ou, plus simplement encore, le « trinôme » : ORDRE + COMPTE + NOM. Dans les discours d'adieux adressés à un magistrat judiciaire et rapportés dans la Gaz. du Pal. du 24 mars 1931, on voit le Premier Président de la Cour de Cassation parler d'une carrière « consacrée au service de la Justice », puis le Procureur général près la Cour Suprême ainsi rectifier : « au service de la Justice *et de la République.* » Nous disons : « *au service de la Nation pour la Justice.* »

(61) H. BERTHÉLEMY, *De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative*, R. Dr. publ., 1904, I, p. 209.

(62) JOSEPH-BARTHÉLEMY, *De l'interprétation des lois par le législateur*, R. Dr. publ., 1908, p. 499.

(63) Cf. Georges RENARD, *La théorie de l'institution*, I, 1930, p. 318 : « Ce ne sont pas les hommes, *c'est l'institution par les hommes qui la servent*, qui exercent l'autorité. »

(64) M. WALINE, *Eléments d'une théorie de la jurid. const.*, R. Dr. publ., 1928, p. 443.

(65) ARTUR, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, R. Dr. publ., 1900, t. II, p. 270, n. 1.

des actions qui tendent à faire déclarer l'Etat débiteur » (66), terminologie très légitimement respectée par M. Mestre, dans le titre de sa thèse précitée, et plus respectable que la « règle » à laquelle « elle a malheureusement prêté sa formule » (v. *supra*, p. 135).

En termes peut-être plus propres encore, Léon Michoud n'admet pour le juge que le pouvoir de « *reconnaître à la charge de l'Etat* une obligation préexistante, soit en vertu d'un texte soit en vertu d'un principe juridique reconnu » (67), texte ou principe auxquels l'Etat, par la voix de *ses* juridictions, adhère. « Le souverain discute au prétoire, se soumet lui-même aux règles qu'il édicte » (68) — *tu patere legem* — ou qu'édicte *la raison, base de sa souveraineté* (69). COMMENT UNE DÉCISION RENDUE « AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS » POURRAIT-ELLE CONSTITUER UNE CONDAMNATION DE L'ETAT, C'EST-A-DIRE DU MÊME « PEUPLE FRANÇAIS » (70) ?

Le véritable, le seul juge, en droit interne, c'est l'Etat, et lorsqu'il est lui-même, en cause, l'Etat est, *quelle que soit la juridiction*, juge et partie. S'en étonner, s'en indigner, c'est *se payer de mots*. Ce que P. F. Girard a écrit de l'organisation judiciaire des Romains (71) est toujours vrai de toute organisation judiciaire :

« Dans le cas où il y a procès entre l'Etat et un particulier, l'Etat est, à la fois, JUGE et PARTIE. Il statue lui-même dans sa propre cause. *Il procède librement à la détermination et à la réalisation de ce qu'il estime son droit, de ce qu'il juge son devoir* » (72).

(66) Cf. *supra*, p. 107.

(67) *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, I, p. 405.

(68) G. AILLET, *Oblig. civile et oblig. morale*, R. Métaph. et Mor., 1927, p. 55.

(69) Et ainsi, pour l'Etat, *la réduction de l'antinomie* entre « *souveraineté* » et « *responsabilité* » grâce au remplacement de « *responsabilité* » par « *garantie* » (*supra*, p. 58 ; 265 et n. 95), se trouve *parachevée* par la transformation de « *condamnation* » en « *reconnaissance* ». Pour l'Etat, il ne faut pas parler de « *condamnation à une responsabilité* » mais de « *reconnaissance d'une garantie* ».

(70) Mais, nous objectera-t-on peut-être, si le peuple était — comme il le fut aux premiers temps de Rome — assez peu nombreux pour qu'on pût « rassembler tous les citoyens autour d'un tertre dans un Champ de Mars » (Paul VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, p. 23), s'il lui était ainsi matériellement possible de juger lui-même, ne pourrait-on dire qu'en jugeant contre lui-même, en se reconnaissant débiteur envers un particulier, il se « condamne » ? Peut-être, mais, dès l'instant qu'il ne peut que juger « par procureur », il se soumet bien d'avance au jugement de ce « procureur », mais non pas jusqu'à accepter d'être « condamné » par lui.

(71) *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, t. I, 1901, p. 130.

(72) *Quelle que soit la juridiction*, disons-nous, *car ce n'est pas moins se payer de mots que prétendre distinguer à cet égard entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire.* Combien de fois n'a-t-on pas, contre la compétence administrative, trouvé, sous la plume d'éminents auteurs civilistes, cet argument figurant dans la déclaration précitée de M. Paul CUCHE (*supra*, p. 202) qu'avec la

Seulement — et voici le point délicat — lorsqu'on se plaint que, par la juridiction administrative, l'Etat soit « juge et partie », grief *irrationnel et vain* puisque, quelle que soit la juridiction « porte-voix » de l'Etat, il n'en saurait être autrement, on ne dit pas ce qu'on veut dire, parce que l'on commet une confusion. L'Etat, titulaire souverain du pouvoir de juger, *ne peut pas* lorsqu'il est lui-même en cause, *ne pas être* juge et partie, mais *son fondé de pouvoir peut l'être*. Lorsque le maître d'une entreprise se voit réclamer la réparation d'un préjudice causé par le fait de l'un de ses agents, appartenant *à l'une des branches* de l'entreprise, et s'il ne veut, ou ne peut, arbitrer lui-même le litige, les agents qu'il chargera de cette mission pourront appartenir — ou non — *à la même branche*. Dans l'affirmative, il apparaît que *cette branche* de l'entreprise, dont *certains agents* sont ainsi appelés à connaître des conséquences d'un acte *d'un autre de ses agents* sera — de ce fait et en un certain sens — juge et partie. De même, lorsque l'Etat se voit réclamer la réparation d'un préjudice causé par le fait *d'un agent actif de l'administration*, et qu'il en remet le jugement *à des agents juridictionnels de la dite administration*, celle-ci se trouve — de ce fait et en un certain sens qui sera précisé au paragraphe suivant — juge et partie (73).

juridiction administrative « l'Etat peut jouer à la fois les rôles de juge et de partie » ? De même lit-on dans les *Etudes de Droit Constitutionnel* de M. Emile Boutmy, 7e éd., 1923, p. 259) : « L'existence et l'activité exagérée d'une justice administrative où l'Etat figure comme juge et partie.... ». Mais, pour peu que l'on ait lu : « *Et l'horreur des responsabilités* », d'Emile Faguet, p. 31 : « La magistrature, nommée par le gouvernement, est le gouvernement qui juge », comment peut-on avancer que l'Etat, « juge et partie » avec la juridiction administrative, ne l'est pas avec la juridiction judiciaire ? Est-ce que, dans la prétoire judiciaire comme dans le prétoire administratif, ce n'est pas l'Etat, la Nation, le Peuple, qui siège en la personne de son serviteur, *de son fondé de pouvoir juridictionnel :* le juge, à qui *la mission* est ainsi *confiée* — le juge qui est ainsi chargé *du service — de rendre, selon sa conscience de juge, la justice aux ordres, au nom* et *pour le compte* du *peuple*. Est-ce que, pour citer encore Emile Faguet, le juge n'est pas le « simple porte-voix » de l'Etat (non pas : « *du gouvernement* » comme l'auteur, toujours à tort, le redit ici) ? Est-ce que, par là-même, l'Etat ne s'est pas moralement engagé à « se reconnaître » lui-même, par la « voix » de son serviteur juridictionnel, « débiteur » des obligations de réparation ou autres, dont la conscience du dit serviteur l'a « déclaré débiteur »... « *Ce que vous lierez sera lié...* ». Quelle erreur, donc — et quelle imprudence — de venir ainsi, avec l'idée de la défendre, dépouiller la juridiction judiciaire de son caractère étatique, national, populaire — donc, étymologiquement : « *public !* »

(73) M. Hauriou observe que, « de la part de l'Etat », le fait de « soumettre à un juge ceux de ses actes contre lesquels on réclame » constitue « un effort de bonne volonté qui sera facilité si, au lieu du juge *ordinaire* (nous n'aurons garde d'oublier l'épithète : cf. *infra*, p. 405), il s'agit d'un juge *spécial*, surtout si, *par quelque attache*, ce juge LUI APPARTIENT » (*Précis*, 11e éd., 1927, p. 943). Voilà,

Il nous suffit, pour le moment, de retenir en conclusion du présent Article que, pas plus que de responsabilité et de condamnation de l'administration, *pécuniaires* et *envers l'administré* (74), il n'est permis de parler de condamnation de l'Etat, mais proprement : d'une *imputation au trésor public par reconnaissance à la charge de l'Etat — « déclaration de l'Etat débiteur » — d'une responsabilité, envers l'administré* (75).

§ II. — Les conséquences — pour l'administration et pour l'Etat — de l'imputation au trésor public résultant d'une déclaration judiciaire de l'Etat débiteur de responsabilité.

S'agissant uniquement, dans la présente Section, nous le répétons, du prétendu trouble matériel, de la « paralysie » pouvant résulter, pour l'activité administrative, du *seul fait de l'imputation au trésor public*, la première question qui se pose à l'égard de ses conséquences, tant pour l'administration que pour l'Etat, est celle de savoir *en quoi ces conséquences peuvent être affectées par le caractère judiciaire de la déclaration de l'Etat débiteur de la responsabilité déterminant cette imputation*. Une même imputation pourrait-elle produire des répercussions différentes selon la juridiction qui l'a prononcée ? Poser cette question, c'est la résoudre par la négative. Dès lors, il ne reste plus *qu'un mode concevable* d'influence de la nature de la juridiction sur les conséquences de l'imputation savoir : *l'influence de la nature de la juridiction sur l'imputation elle-même*. Pour le grief de « trouble » de l'activité *de l'administration* par la prétendue « condamnation » judiciaire *de l'Etat*, le seul fondement possible, c'est l'hypothèse, impliquée, sous-entendue, dans ce grief, que, de la part de la juridiction judiciaire, *les « condamnations » seront plus à redouter* (76) que de la part de la juridiction administrative.

dans toute son ampleur et toute sa nocivité, la confusion entre l'Etat et l'administration. A L'ETAT « appartiennent » TOUS LES JUGES : TOUS sont SES SERVITEURS, nous venons de le reconnaître. — EN OUTRE « appartient par quelque attache » A L'ADMINISTRATION le juge ADMINISTRATIF : « *Hanc jurisdictionem meam esse aio* » (Cf. *supra*, p. 107 et n. 12).

(74) Sur la réserve incluse dans ces précisions soulignées, v. *supra*, note 53 de la p. 286 et *infra*, p. 294.

(75) Suivant la remarquable formule de M. JOSEPH-BARTHÉLEMY : « L'ETAT S'EN REMET A DES JUGES DU SOIN DE DÉCIDER SI LE PARTICULIER A UN DROIT CONTRE LUI. » (*Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, p. 34).

(76) Tant en droit, par l'élargissement des conditions de la responsabilité (application du Droit civil), qu'en fait par l'élargissement de l'appréciation.

Dès lors de deux choses l'une : ou l'on part effectivement de cette hypothèse, et alors il sera difficile de faire valoir comme argument de base de la théorie nouvelle de la séparation des pouvoirs (cf. Chapitre suivant, *infra*, p. 364 et s.) les avantages de la juridiction administrative pour l'administré — ou bien l'on adopte la dite théorie, et alors c'est la base de l'argument du trouble matériel de l'activité administrative par la compétence judiciaire qui s'effondre et *le trouble qui se transforme en protection !*

Ici encore, nous serions fondé à nous tourner vers les « violons » de la thèse de la compétence administrative en leur demandant de s'accorder — d'abord. Mais il nous plaît de les en dispenser et d'admettre ici le premier... air — nous voulons dire : la première hypothèse, celle des auteurs cités en tête de ce Chapitre, en reportant au Chapitre suivant l'examen de la seconde hypothèse — et nos réserves (77).

Dès lors, et du fait même de cet élargissement judiciaire, ainsi implicitement admis, de la responsabilité de l'Etat, se dessine, comme une nouvelle subdivision de la thèse de la compétence administrative, une distinction du « trouble matériel » que nous étudions ici : en trouble *administratif*, en trouble fonctionnel portant sur *l'administration elle-même* — et en trouble *financier* portant sur *l'Etat* — *l'Etat* qui, selon la thèse administrative, n'est, nous venons de le voir, qu'un autre nom de *l'administration* (78).

Ainsi se trouve déterminée la division du présent paragraphe en deux articles respectivement consacrés au « trouble » *fonctionnel de l'administration* et au « trouble » *financier de l'Etat*.

ARTICLE 1. — LE « TROUBLE » FONCTIONNEL DE L'ADMINISTRATION

De la conclusion du paragraphe précédent, il ressort qu'il ne saurait être question de responsabilité — ni de condamnation — *pécuniaire de l'administration envers l'administré*. Dès lors, et même dans l'hypothèse, ici admise par nous, d'une plus grande

(77) Cf. *supra*, p. 274 et *infra*, p. 364.

(78) Cette distinction coïncide exactement avec celle qui est présentée par M. Roger Bonnard dans sa note précitée *Garcin* au S. 1931.III.99, en ces termes : « raison d'ordre *administratif*, raison d'ordre *financier* ». A la vérité, dans cette magistrale dissertation, M. Roger Bonnard ne traite pas apparemment la question de compétence comme dans sa note également précitée *Motsch* (*supra*, p. 164 et 222), mais la préoccupation n'en transperce-t-elle pas à chaque ligne ? Nous ne croyons pas trahir la pensée du savant auteur en considérant la note *Garcin* comme tout entière tendue vers la démonstration *d'une « autonomie » de la théorie administrative de la responsabilité administrative civile de l'Etat*, fondement de la *compétence administrative* pour la nouvelle école de la séparation des pouvoirs.

rigueur de la jurisprudence judiciaire, l'argument du trouble matériel de l'activité administrative, tel qu'il est formulé par les auteurs précités (*supra*, p. 274 à 276), s'écroule encore. Mais, une fois de plus, vous viendrons en aide à la thèse adverse en poussant plus loin que ses protagonistes eux-mêmes l'analyse des faits et, puisqu'aussi bien c'est un fait constant, incontestable et — dans une certaine mesure — tout à l'honneur de l'administration, que celle-ci, aussi bien devant la juridiction administrative que devant la juridiction judiciaire, résiste de toutes ses forces : non pas à *sa* condamnation pécuniaire — un non-sens nous le répétons — mais à la « condamnation » pécuniaire *de l'Etat* (79), nous ne nous refuserons pas à l'examen du « trouble administratif » incriminé en tant qu' « inévitable contrainte », « paralysie », « entrave », etc. (cf. *supra*, *ibid.*).

Nous serons ainsi amené à reconnaître :

1° Que le prétendu « trouble » ne saurait être *imputé à la compétence judiciaire ;*

2° Qu'il ne saurait être qualifié « trouble » *au sens constitutionnel de la séparation des pouvoirs ;*

3° Qu'il serait *difficilement justifiable ;*

4° Qu'il présente, par surcroît, un vice radical : celui *de ne pas exister* — ailleurs que dans la bienveillante imagination des défenseurs d'une cause difficile.

N° 1. — Le prétendu « trouble » ne saurait être imputé à la compétence judiciaire

Admettons qu'à la suite d'une imputation judiciaire au trésor public à raison du préjudice procédant d'un acte d'agent administratif. l'administration intéressée décide d'annuler — ou, simplement, de ne plus refaire — cet acte (si c'est un acte juridique), ou se préoccupe d'en éviter la reproduction (si c'est un acte matériel) : il y aura incontestablement influence indirecte d'une décision de justice sur l'activité administrative. Nous observerons tout d'abord qu'il en est ainsi quelle que soit la nature — administrative comme judiciaire — de la juridiction (80). On nous répondra que l'influence ainsi reconnue sur l'activité administrative, acceptable de la juridiction administrative, ne l'est pas de la juridiction

(79) Pour les mêmes raisons que le terme impropre : « responsabilité » (*v. supra*, p. 33, n. 66 et 278, n. 20), nous conserverons, dans la mesure où le contexte nous le permettra, le terme : « condamnation », lorsqu'il s'agit de l'Etat.

(80) Cf. la note *Garcin* précitée de M. Roger Bonnard (S. 1931.III.99).

judiciaire. Doit-elle donc alors être tenue pour un « trouble » procédant du pouvoir judiciaire au sens de la loi de 1790 et du principe de la séparation des pouvoirs ? Toute la question est là.

Pour y répondre, il convient d'abord de scruter les raisons pour lesquelles — et les conditions dans lesquelles — interviennent l'annulation ou l'abstention ainsi décidées par l'administration.

Lorsque l'Etat est « condamné », qu'en résulte-t-il pour l'administration, ou, plus précisément, pour l'administration déterminée en cause ? Réponse : une imputation sur les crédits budgétaires de la dite administration au titre des « *réparations civiles* ». Dès lors, plus les imputations seront fréquentes et lourdes, plus les crédits à solliciter s'accroîtront. Et voilà le ministre exposé à des observations désagréables : d'abord du ministre des finances (alerté par son contrôleur des dépenses engagées au titre de l'administration en cause), puis des commissions parlementaires, puis du Parlement — voire même, le cas échéant, de l'opinion publique réagissant par la voix de la presse. A plus forte raison, l'administration redoutera-t-elle l'épuisement de son budget des « réparations civiles » et sera-t-elle obsédée par le cauchemar des « crédits supplémentaires ». Qu'il s'agisse, par exemple, d'un incendie imputable à des maladresses d'agents et ayant causé plusieurs millions de dégâts (81), l'on conçoit que la condamnation de l'Etat ne se traduira vraisemblablement pas par des félicitations pour l'administration intéressée.

Tout cela on le voit fort bien, et si, dans notre critique de l'expression « responsabilité de l'administration », nous avons pris soin (*supra*, p. 291 et n. 74), de spécifier responsabilité « *pécuniaire envers l'administré* », c'était précisément pour réserver cette responsabilité — *ni* pécuniaire, *ni* envers l'administré — de l'administration... qui, tout de même, ne saurait être exempte de toute responsabilité. Si l'Etat, seul, est pécuniairement responsable envers l'administré, l'administration — en fait : les agents et le ministre du service public en cause — sont soumis à une responsabilité *politique*, *budgétaire*, *disciplinaire*, ENVERS L'ETAT, maître de tous les services publics, *en la personne du Parlement*, à raison des faits ayant motivé la responsabilité *pécuniaire de l'Etat envers l'administré* — et l'on peut ajouter : à une responsabilité *morale* ENVERS LE «PUBLIC » (82), envers l'opinion publique (83). Et c'est précisé-

(81) Exemple : Le cas de l'espèce Cons. d'Et., 18 juin 1926, *Cie d'ass.* « *L'Abeille* » R. Dr. Publ., 1926, p. 425 et s.

(82) Cf. *supra*, n. 1 de la p. 329.

(83) « Le suffrage universel... (est chargé) de désigner les hommes de confiance

ment la réalisation, le processus, de cette double responsabilité que nous venons maintenant d'observer.

Et certes, comme l'observe très justement M. Jacquelin (84), voilà qui est bien « fâcheux » pour l'administration. Mais encore reste-t-il à établir que ces désagréments : des observations du ministre des finances à tel autre ministre, un reproche du Parlement, un blâme du public, sont imputables à l'autorité judiciaire. Ou, plutôt, comment expliquer le succès d'un tel paralogisme ? La réponse est simple : *grâce à une habile exploitation de la confusion entre l'administration et l'Etat.* On n'a pu oublier cette remarque déjà maintes fois formulée par nous (cf. *supra*, particulièrement, p. 238) que : ENTRE ADMINISTRATION ET ADMINISTRÉ, LA COMMUNICATION JURIDIQUE N'EST PAS DIRECTE. Or, le paralogisme de la thèse administrative consiste précisément *en le postulat* implicite, latent, artificieux, de cette *communication juridique directe entre administration et administré*, EN L'ESCAMOTAGE DU POSTE, DU LIEN INTERMÉDIAIRE ESSENTIEL : L'ETAT, plus précisément : l'Etat représenté *en cette conjoncture*, comme nous venons de le voir, *par le pouvoir législatif.* « Inévitable crainte, imposant le retrait de la décision » (85), c'est entendu, mais — crainte *de qui ?* Du pouvoir judiciaire ? *En aucune manière*, mais bien du contrôle de l'exécutif supérieur et du contrôle du législatif, voire même du contrôle du public, *dans la mesure où ces contrôles jugent devoir se déclancher sur la décision judiciaire qui n'aura été pour eux qu'un simple indicateur. Si* « trouble » il y a, les agents du trouble sont *ces trois contrôles* et *non le pouvoir judiciaire* qui, encore une fois, *reconnaît la dette pour l'Etat et non pour l'administration — qui n'est pas l'Etat.*

Et cela est si vrai que, de deux choses l'une : ou bien l'acte dont les conséquences nocives ont donné lieu à une réparation pécuniaire de l'Etat est — ou il n'est pas — de nature à être critiqué par le législateur dont le « contrôle » a été ainsi mis en éveil. Sinon, l'on peut être certain que l'administration se souciera peu d'y renoncer. Si oui, *la crainte du législateur, qui est le commencement de la sagesse administrative*, pourra — et encore rien n'est-il moins certain (86) — déterminer l'administration à annuler, ou à ne plus

(législateurs) à qui est confié le soin de représenter l'opinion publique ». (H. BERTHÉLEMY, *Discours* à Pornichet, le 25 sept. 1923, « *Le Matin* » du 26, p. 2). — « L'opinion parle par la presse et elle agit par ses délégués au pouvoir législatif. » (Jean LEFRANC, article : « *En marge* », journal « *Le Temps* » du 23 janv. 1934, p. 1).

(84) Cf. *supra*, p. 203.

(85) LAFERRIÈRE, *supra*, p. 275.

(86) Point sur lequel nous reviendrons dans un instant (*infra*, p. 298 et s.).

refaire, ou à prévenir, l'acte en question. Mais alors, *à quelle pression doit être réellement attribuée cette détermination ?* Est-ce celle du judiciaire, qui n'a joué que le rôle de révélateur, ou celle du législatif dont la censure a été redoutée ? Et n'ajoute-t-on pas, à la confusion entre l'administration et l'Etat, la confusion entre *la crainte prétendue* du pouvoir *judiciaire* et *la crainte réelle* du pouvoir *législatif ?*

N° 2. — Le prétendu « trouble » ne saurait être qualifié tel au sens constitutionnel de la séparation des pouvoirs

La question de savoir si, dans l'esprit du législateur constitutionnel de la séparation des pouvoirs, l'administration pourra se dire « troublée » parce qu'elle aura dû renoncer à agir d'une manière blâmable, semble, en même temps que posée, impliquer une réponse négative (87). Et s'il en est ainsi dans le cas du « fait de service », assumé par l'administration, que dire du cas du « fait personnel », et *a fortiori* de ce que nous avons appelé (*supra*, p. 166) : le fait « *personnel exclusif* », *et dont deux cas types se trouvent être les affaires* Blanco *et* Dme Mélinette ?

« Les règles qui concernent la compétence administrative, nous déclare expressément Laferrière (88), s'appliquent à l'égard de l'Etat, assigné comme *responsable des fautes de ses agents*, sans qu'il y ait à distinguer si ces fautes sont

(87) « Sans doute, observe très justement M. Jacquelin, si la personne administrative (nous disons : la personne publique) est condamnée, déclarée responsable, à la vérité l'administration hésitera davantage par la suite à accomplir des actes illégaux, *mais ce n'est pas suffisant pour dire que l'administration sera entravée.* A ce compte, l'administration ne serait donc libre, indépendante et, par là-même, possible, que si elle était affranchie des lois et des droits individuels. La vérité paraît tout autre. Ce qui est vrai seulement, c'est que l'administration, pour peu qu'elle vienne à observer *son devoir moral*, qui consiste à s'abstenir de tout dommage individuel, devra s'entourer de précautions plus grandes, se mieux conformer à la loi. » (*Cours de Dr. adm., Doctorat*, 1922-1923, édité par *Les Cours de Droit*, p. 198). Dans cet ordre d'idées, se présente d'elle-même, entre autres illustrations, l'affaire précitée *Olivier-Zimmermann* (*supra*, p. 286, n. 50), où l'on peut relever les manifestations suivantes de « l'activité administrative » : 1° *Voie de fait* commise par un conducteur des ponts et chaussées et un entrepreneur : fouilles d'une sablière sans la moindre formalité ; — 2° *incorporation dolosive* de cette sablière par le préfet dans le domaine public ; — 3° « *obtention* » (c'est M. Hauriou qui l'écrit), toujours par le préfet, d'un arrêté du conseil de préfecture constituant une *condamnation injuste* (puisqu'elle a été annulée par le Conseil d'Etat) des propriétaires *à la démolition d'une clôture ;* — 4° *exécution immédiate* — encore par le préfet — de cette décision *frappée d'appel*... Jugera-t-on que la nécessité de renoncer à ce genre de manifestations constitue « le trouble des opérations des corps administratifs » visé par la loi des 16-24 août 1790 ?

(88) Comme David le glisse *implicitement* dans ses conclusions *Blanco*, *cf. supra*, p. 133 et 144, n. 11.

des infractions administratives ou *des fautes personnelles* commises par l'agent DANS L'EXERCICE (et non pas : DANS LE CERCLE ; cf. *supra*, p. 144) de ses fonctions » (89).

Or, soutiendra-t-on que l'action administrative serait entravée par la reconnaissance judiciaire de la responsabilité de l'Etat *à raison d'un fait personnel* d'un agent administratif, alors que, par définition même du « fait personnel », ce n'est plus cette activité « administrative » qui est en jeu — alors que l'acte d'agent administratif en cause n'est même pas un acte administratif — alors que, dans ce cas, l'administration n'a plus, on le sait, qu'une préoccupation : c'est de ne plus connaître son agent : « *Nescio istum hominem* », c'est de le livrer au bras séculier (cf. *infra*, p. 452 et n. 40).

Pour conclure, quelle est, au dire de David lui-même (90) la raison d'être de la séparation des pouvoirs ? C'est de réserver « au Corps législatif le contrôle exclusif de la marche et des actes de l'administration ». *De quoi*, dès lors, *se plaint l'administration — et de quoi se plaint-on pour elle ?*

« Une telle doctrine en soumettant l'administration au contrôle et à un pouvoir régulateur et prédominant des tribunaux aurait pour effet, écrit COTELLE (91), de faire ÉVANOUIR sa responsabilité MORALE et POLITIQUE et d'enlever ainsi à la société la plus haute garantie dans la gestion des intérêts généraux ».

« *Evanouissement* » ? N'est-ce pas au contraire : ÉPANOUISSEMENT qu'il faut dire ? Nous croyons l'avoir démontré. Serait-ce donc — et cette conclusion nous paraît difficilement contestable — que ce « contrôle exclusif du Corps législatif » *n'est pas, outre mesure, souhaité par l'administration ?*

N° 3. — Le prétendu « trouble » serait difficilement justifiable

Tout comme on trahirait l'esprit de la règle de la séparation des pouvoirs en la traduisant comme une soustraction de l'activité administrative à la légalité, ce serait faire aux agents administratifs *une injure gratuite* que de les supposer « *paralysés* » *dans leur activité*

(89) *Traité*, 2e éd., I, p. 683. ADDE : G. TEISSIER, Conclusions *Feutry*, D. P. 1908.III.49, § B. Empressons-nous de rappeler qu'une telle prétention n'a pu être soutenue qu'à la faveur du véritable tour d'escamotage, que nous avons dénoncé dans les conclusions *David*, ci-dessus, p. 144. Cette question de la responsabilité de l'Etat *à raison du fait personnel de l'agent* constitue, d'ailleurs — on ne saurait se le dissimuler — avec celle de la responsabilité de l'Etat *sans faute d'agent* (cf. *supra*, p. 73, n. 89), « les deux talons d'Achille » de la thèse administrative, et *quant au fond* et *quant à la compétence*.

(90) Cf. Conclusions DAVID, *supra*, p. 136.

(91) *Cours de Dr. adm.*, 3e éd., t. II, 1859, n° 92, p. 62.

légale par la censure de leur activité illégale. Ce serait là, non plus *l'esprit de service* qui doit animer *les serviteurs de l'Etat*, mais de la plus fâcheuse *déformation ancillaire* — ou puérile : « puisque l'on m'a grondé, je ne ferai plus rien » (92). En vérité, il ne semble pas exagéré de considérer qu'une telle attitude serait peu justifiable.

Aussi bien allons-nous voir que ce qui est à craindre. ce n'est pas précisément la prétendue « paralysie » *par excès d'impressionnabilité*.

N° 4. — Le prétendu « trouble » est inexistant

Ici encore, il faudrait s'entendre. Tantôt l'on nous brandit le spectre de la « paralysie » du fonctionnement du service causé par la « responsabilité de l'administration » (93). Tantôt l'on nous apprend que « la jurisprudence a renoncé à l'idée que la responsabilité de la personne publique même largement reconnue peut paralyser le service » (94). Mieux encore, les auteurs favorables à la thèse administrative ne manquent pas d'insister sur la nécessité de « l'aiguillon » d'une responsabilité personnelle des agents pour faute personnelle, sous peine de « favoriser leur négligence par la certitude d'échapper à toute sanction matérielle » (95). C'est donc que les agents sont assez peu « troublés » par les condamnations de l'administration.

Or, si la confusion entre l'administration *et l'Etat* est sophistique, il en est une autre qui ne l'est guère moins : c'est la confusion entre l'administration *et l'administrateur*. On semble oublier que l'administration ne pouvant agir que par... ses agents, ne peut être « troublée » qu'en leur personne. Et l'on permettra à notre expérience personnelle de sourire lorsqu'on viendra nous dire que la perspective, pour un agent public, d'une condamnation de l'Etat serait de nature à paralyser son activité : « La condamnation de l'administration (on sait comment l'entendre), observe très justement l'auteur d'une thèse de premier ordre, risque d'être personnellement indifférente à l'administrateur » (96). En particulier, nous croyons pouvoir, toujours à la lumière de notre connaissance

(92) Et l'on sait que, dans la bouche du jeune insurgé, cette déclaration se complète — et se ponctue — d'un catégorique « *...na!* »

(93) Cf. Pierre Dareste, *supra*, p. 276 ; R. Bonnard, Note *Garcin* précitée au *S.*, 1931.III.99, col. 2.

(94) J. Appleton, *Traité*, n° 236, p. 435.

(95) J. Appleton, *loct. cit.*, n° 138, p. 250. Adde : M. Hauriou, *Précis de Dr. constitutionnel*, 2e éd., 1929, p. 731.

(96) Maurice Kellersohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Thèse Bordeaux, 1915, p. 137.

personnelle — et pratique — de la question, rassurer pleinement M. le commissaire du gouvernement Rivet sur la possibilité « d'énervement » de la force armée par « les mesures de complication contentieuse » (cf. *supra*, p. 276). Le seul énervement (et dans un autre sens) qui soit à craindre, est celui que détermineront d'autres menaces... que celles des « complications contentieuses ». Notre longue expérience, nous le répétons, nous permet d'avancer qu'en cette matière de la responsabilité pécuniaire à raison d'actes nocifs d'agents administratifs, ceux-ci n'ont à craindre et ne craignent qu'une chose — infiniment rare d'ailleurs — c'est que cette responsabilité pécuniaire « tombe sur leur tête »

Voici, précisément, à cet égard, une remarque qui nous paraît décisive. Si l'on veut être édifié sur la docilité, sur *l'impressionnabilité*, disions-nous il y a un instant, des administrateurs en présence des décisions de la juridiction *non pas même judiciaire, mais administrative*, il suffit de se reporter, d'abord, à la thèse précitée (*supra*, note précédente) de M. Maurice Kellersohn (p. 131 et s.) et aussi aux deux thèses non moins remarquables : Jacques Allier, *De l'obéissance due par l'administration active à la chose jugée par la juridiction administrative*, Paris 1923, et Marguerite-Marie Fayolle, *La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques*, Nancy 1926 — et surtout à la note magistrale de Maurice Hauriou sur la stupéfiante affaire *Fabrègues*, Conseil d'Etat, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, S. 1911.III.121 (97).

Or, de ces études comme de cette note, l'objet consistait en l'examen des moyens d'obliger effectivement l'administration — cette branche du pouvoir *exécutif* — à... *exécuter* les décisions jurisprudentielles : l'astreinte, l'injonction, et — surtout — *la responsabilité personnelle de l'administrateur*, pour ce que, selon la spirituelle formule de M. Hauriou, « l'administrateur a, sur l'administration, cette supériorité qu'il peut être livré au bras séculier » (98).

(97) Dans l'affaire Fabrègues, on assiste à ce spectacle d'un maire qui, ayant vu ses arrêts mensuels de suspension d'un garde champêtre annulés par un arrêt du Conseil d'Etat, réagit contre cette décision... en reprenant, pendant sept nouveaux mois, sept nouveaux arrêts identiques.

Les deux thèses de M. Allier et de Mlle Fayolle sont riches en illustrations de *cette manière administrative d'accueillir les décisions de la justice, même administrative*. En particulier, l'affaire des *Elections de Bouilh-Péreuilh :* Cons. d'Et., 16 déc. 1908, S. 1909.III.65, avec une note de M. Hauriou, où l'on peut voir un préfet jouer, s'amuser, littéralement avec une décision du Conseil d'Etat comme le chat avec la souris, ne le cède en rien à l'affaire Fabrègues. « Cette même mauvaise volonté, constate M. Hauriou, *loc. cit.*, s'est insinuée dans les ministères ...Les administrations centrales boycottent le Conseil d'Etat... »

(98) Note précitée sous l'arrêt *Fabrègues*, N. A. H., II, p. 402, *in fine*.

Là, on ne confond plus l'administration avec l'administrateur (v. *supra*, p. 298) ; là, on ne redoute plus *que l'administration soit entravée par la justice, mais que la justice soit entravée par l'administrateur*. Et si l'administrateur intéressé s'insurge contre la chose formellement jugée : une décision de justice lui prescrivant *directement, expressément*, une annulation, sera-ce pour s'incliner devant le désaveu *indirect* et *tacite* d'une simple imputation pécuniaire au trésor public ? De toute évidence : *non* — à moins d'y être obligé, non, certes, par le seul fait de cette reconnaissance d'une obligation de réparation pécuniaire à la charge de l'Etat, mais bien par la grossièreté du fait générateur du préjudice et la crainte, nous l'avons vu, du législateur ou du public.

Or, s'il en est ainsi à l'égard de la justice administrative, si « les administrations centrales boycottent le Conseil d'Etat » (99) *que sera-ce à l'égard de la justice judiciaire?* Comment peut-on sérieusement parler de « trouble administratif », D'ENTRAVE INDIRECTE à l'activité administrative (100) *par une prétendue condamnation pécuniaire de l'administration envers les particuliers, qui n'est, d'ailleurs, comme nous l'avons reconnu, qu'une condamnation politique et morale de l'administration envers l'Etat, résultant d'une reconnaissance juridictionnelle d'obligation de réparation pécuniaire à la charge de l'Etat ?*

Il nous reste à examiner le trouble « financier » de l'Etat lui-même.

ARTICLE 2. — LE « TROUBLE » FINANCIER DE L'ÉTAT L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ÉTAT L'INTÉRÊT PARTICULIER — ET L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR — DE L'ADMINISTRATION

Nous abordons ici l'examen, déjà annoncé à deux reprises (*supra*, p. 216 et p. 222), de ce que nous avons appelé : « l'argument financier. » Qu'un des griefs — avoués ou voilés — contre la juridiction judiciaire soit sa prétendue méconnaissance des intérêts financiers de l'Etat, on ne saurait songer à le contester.

Nous avons vu (*supra*, p. 125, n. 45) Cotelle déclarer « la justice

(99) (V. *supra*, p. 299, n. 97) et « soit en mettant une négligence intentionnelle à prendre les mesures pour exécuter les jugements en rusant et en biaisant, soit même en s'insurgeant ouvertement contre l'autorité de la chose jugée. » J. ALLIER, thèse précitée, p. 22.

(100) C'est même « exécutive » qu'il faut dire, car on conçoit que toutes les constatations qui précèdent ne peuvent que s'appliquer *a fortiori* à l'activité gouvernementale, aux « actes de gouvernement ».

administrative instituée pour protéger l'action du gouvernement — *et pour protéger les deniers publics* ». Et c'est pour préciser un peu plus loin (101), à l'occasion de la célèbre affaire *Depeyre* (cf. *supra*, p. 117) :

« Cette dernière décision montre à quelles condamnations désastreuses l'Etat serait exposé de la part des tribunaux à raison de fautes imputables indistinctement à l'administration et à ses agents de tout ordre, s'il leur était loisible de taxer les règlements administratifs eux-mêmes d'imprévoyance, de maladresse, de tous les vices imaginables, pour motiver l'allocation de fortes indemnités, créer ainsi des dettes, rendre des jugements qui dégénèreraient en des traites à vue sur le Trésor. »

Dans le traité de Droit administratif de Trolley (102), on peut encore lire que les tribunaux civils « ne se préoccupent pas assez des intérêts généraux et de la fortune publique ».

Il n'est pas jusqu'à la « conciliation » des droits de l'Etat et des droits privés (103), présentée dans les conclusions David comme « le caractère dominant de la juridiction administrative », et dans l'arrêt *Blanco*, lui-même, comme une « nécessité », qui ne constitue une expression aussi euphémique que transparente de la même pensée de protection. Au précédent Chapitre (*supra*, p. 222 et s.), nous nous sommes attaqué à cette « coloration juridique » de l'argument financier. Nous le retrouvons maintenant sous l'aspect politique comme menace de « trouble » pour l'Etat — et, *partant*, pour l'administration — et c'est sous cet angle que nous devons ici le considérer (104).

Dès lors qu'il s'agit de l'Etat, cet argument financier ne constitue, comme nous l'avons observé (*supra*, p. 139) pour l'arrêt *Blanco*, comme pour toute la thèse de la compétence administrative dont il

(101) *Cours de Dr. adm.*, 3e éd., t. II, 1859, n° 28, p. 16 et n° 91, p. 63.

(102) Tome I, 1884, p. 209.

(103) Nous avons déjà observé (*supra*, p. 223) que, prise à la lettre, cette formule caudale de l'arrêt *Blanco* n'est qu'une habile et captieuse logomachie : *il n'est pas de juridiction dont les jugements ne doivent viser à « concilier les droits » des parties*. Tout procès ne débute-t-il pas par une « tentative de conciliation » ? *Il n'est pas de justice qui ne consiste en cet équilibre*. S'il faut donner un sens à l'expression — et à l'arrêt *Blanco* — nous ne voyons que celui *d'argument financier*.

(104) A la vérité, nous ne saurions trop le rappeler, il est à noter dès à présent que cet argument de l'intérêt financier de l'Etat — déjà en contradiction, nous l'avons vu (*supra*, p. 216) avec les « raisons pratiques » de la récusation de l'art. 1384 — est non seulement *abandonné*, mais positivement *retourné* (cf. *infra*, p. 364 et s.) par la nouvelle doctrine administrative (que nous avons déjà appelée le « néo-séparatisme »). Cependant, il demeure tellement, au fond, *l'animateur de la résistance* à la compétence judiciaire, que l'aveu en reparaît (v. *supra*, p. 222 et 298, n. 93) dans la magistrale note *Garcin* précitée (S. 1931.III.99) de M. Roger Bonnard lui-même, un des maîtres les plus éminents de la dite doctrine.

est l'âme, qu'une application de la règle de « l'Etat débiteur » à la dette particulière : responsabilité (105). Rattaché, comme nous venons de le rappeler, par l'arrêt *Blanco*, à l'argument de fond : inapplicabilité du droit civil, il est, au contraire, dans le système que nous examinons, rapporté à la séparation des pouvoirs, à l'argument direct de compétence : inacceptabilité du juge civil en ce que celui-ci est porté à méconnaître l'intérêt financier de l'Etat. Ainsi fondé sur l'identité entre l'administration et l'Etat, *il vaut ce que nous savons que vaut celle-ci*, et cette simple observation nous dispenserait de poursuivre. Mais nous contenter de cette réfutation serait reconnaître *pour l'Etat*, comme conséquence de la compétence judiciaire, ce « trouble » dont nous croyons avoir fait justice *pour l'administration*. Or, *il nous paraît précisément d'une importance capitale* de mettre ici en relief ce qui, à nos yeux, constitue peut-être un des plus graves paralogismes de la matière, en établissant que le dit « trouble », inadmissible *à l'égard de l'administration*, est *a fortiori*, inconcevable *à l'égard de l'Etat*.

A cet effet, nous poserons, d'abord, en principe *constitutionnel, rationnel, « général et absolu »*, L'ÉGALITÉ DE SITUATION DE L'ETAT PAR RAPPORT A TOUTES LES JURIDICTIONS A SON SERVICE, à toutes SES juridictions. Puis, nous reconnaîtrons, en particulier, que, même dans l'hypothèse (106) de l'élargissement judiciaire de la responsabilité (de la *garantie*), la juridiction judiciaire, en ce domaine de la responsabilité civile, sert, *tout comme la juridiction administrative en son propre domaine*, les intérêts supérieurs de l'Etat. Enfin, et pour fermer le cycle de nos explications en reliant le présent article au précédent, comme à l'objet propre de la présente Section, nous confronterons, avec cet intérêt supérieur de l'Etat, les intérêts en jeu de l'administration.

N° 1. — Le principe constitutionnel, rationnel, « général et absolu » de l'égalité de situation de l'Etat par rapport à toutes SES juridictions

Qu'en droit interne, la situation de l'Etat soit égale, identique, *unique*, par rapport à *toutes* les juridictions, c'est là un fait dont, dans l'article 2 du paragraphe précédent (*supra*, p. 289 et s.), nous

(105) C'est ce qui ressort de l'intitulé même du présent paragraphe (*supra*, p. 291).

(106) Aujourd'hui catégoriquement répudiée, nous le répétons, par la nouvelle théorie de la séparation des pouvoirs et de la compétence administrative (cf. *supra*, p. 364 et s.).

croyons avoir fait ressortir non seulement l'évidence, mais le caractère constitutionnel, rationnel, général et absolu. Nous l'avons déduit de ces simples constatations :

— que toutes les juridictions internes de l'Etat sont *ses* juridictions, juridictions toutes *nationales*, toutes *publiques* (c'est-à-dire, étymologiquement : *du peuple*), simples « porte-voix » de lui, $Etat_2$ qui « s'en est remis à elles du soin de décider si un particulier a un droit contre lui » ;

— que, d'ailleurs, elles ne le jugent pas, ne le « condamnent » pas, lui Etat, mais *reconnaissent seulement, en son nom et pour son compte*, des dettes ;

— et qu'enfin, pour l'Etat, la dette de « responsabilité » n'est en réalité qu'une dette de « garantie ».

Il pourrait, cependant, ne pas être inutile de poursuivre et de parfaire cette démonstration par quelques explications complémentaires.

Elles porteront sur l'expression : « fondé de pouvoir », dont nous avons déjà été amené à faire usage (*supra*, p. 287 ; 290) à l'égard des juridictions nationales : judiciaire, comme administrative, expression qui, du double point de vue constitutionnel et rationnel, nous paraît traduire exactement la vraie nature des « pouvoirs » : législatif et exécutif comme judiciaire (107). Nous considérons ainsi, avec Sieyès, que les trois prétendus « pouvoirs » sont en réalité trois « PROCURATIONS », « qu'il est de l'intérêt du peuple et de la liberté publique de confier à différents corps de représentants » (Discours du 2 thermidor an II, cité et approuvé par A. Esmein et H. Nézard, Dr. const., 8e éd., t. I, 1927, p. 493, n. 2). Et nous ajouterons que, dans la « Maison » : Nation, comme dans toute *maison* dont les « *services* » sont assurés par *plusieurs ordres de* « *serviteurs* », d'inévitables difficultés proviennent de ce que, au regard de tous les autres, *chacun* de ces ordres de serviteurs a tou-

(107) Ces lignes étaient à peine écrites, que nos regards tombaient sur celles-ci de la *Gazette du Palais* du jour même (9 février 1934, n° 40) dans l'éditorial : « *Les Galeries du Palais. — L'heure des réformes* » (p. 1, col. 1) : « Le législatif et l'exécutif ont fusionné pour le plus grand mal du pays. Il ne leur semblait pas impossible hier d'absorber encore le troisième pouvoir. » Nous ajouterons simplement que l'absorption du « judiciaire » par l'association : « législatif-exécutif » fut déjà le thème du message historique adressé le 18 floréal an V par MERLIN au Conseil des Cinq-Cents (DALLOZ, J. G. t. XII, 1851, v° *Conflit*, p. 103, n. 2) — et que la commission instituée, en mars 1934, à la Chambre des Députés, pour la « réforme de l'Etat » comprend quatre sous-commissions chargées d'examiner respectivement les questions relatives : 1° au pouvoir législatif, 2° au pouvoir exécutif, 3° AU POUVOIR JUDICIAIRE, 4°...

jours tendu à s'identifier — lui seul — *avec la maison elle-même*, et prétendu *imposer aux autres* cette identification.

Que l'autorité administrative ait ainsi des intérêts légitimement contradictoires à ceux de l'autorité judiciaire, *que ces deux serviteurs du même maître : Etat* soient, chacun, à juste titre, jaloux de leurs prérogatives mutuelles, *c'est la règle du jeu ;* mais que *le serviteur administratif — soit actif, soit juridictionnel —* prétende servir les intérêts du maître : Etat *mieux que le serviteur juridictionnel judiciaire,* voilà qui dépasse l'entendement (108).

La juridiction administrative a été instituée pour défendre *l'autorité administrative contre l'autorité judiciaire,* et NON pour défendre *les intérêts de l'Etat mieux que la juridiction judiciaire* (109).

Autrement dit — et c'est ce qu'on oublie trop souvent — *autant la juridiction administrative a sa place et son rôle marqués* ENTRE LA JURIDICTION JUDICIAIRE ET L'ADMINISTRATION, comme garantie de celle-ci contre celle-là, *autant la juridiction administrative n'a ni place ni rôle à remplir* ENTRE LA JURIDICTION JUDICIAIRE ET L'ETAT qui n'a *aucune raison logique, ni décente, de préférer l'un à l'autre des deux serviteurs par lui chargés de rendre chacun la justice en son nom.* Il apparaît comme *aussi irrationnel et imprudent* pour la thèse *administrative* de voir, dans la « séparation des pouvoirs », une sauvegarde *de l'Etat* contre le « pouvoir judiciaire » (110), que pour la thèse civiliste de ne reconnaître l'Etat « juge et partie » *que* dans la juridiction *administrative* (111). En un mot, et c'est ici qu'apparaît la vertu de la justesse — précisément — du mot, LA SÉPARATION *des pouvoirs est, en réalité, une séparation* DES FONDÉS *de pouvoir — une séparation* ENTRE LES FONDÉS de pouvoir : n'aperçoit-on pas *le paralogisme* de la faire jouer ENTRE L'UN DES FONDÉS DE POUVOIR ET LE MAITRE DU POUVOIR (112) ? La raison, comme la

(108) Aussi bien sait-on (cf. *supra*, p. 301, n. 104) que c'est la thèse *exactement inverse* qui est soutenue dans l'interprétation rénovée de la « séparation des pouvoirs ».

(109) Bien mieux, nous avons vu avec Léon MICHOUD, maître du Droit administratif, que *la juridiction administrative n'est pas plus qualifiée que la juridiction judiciaire* pour « prononcer une condamnation contre l'Etat » (cf. *supra*, p. 232-VIII).

(110) J. APPLETON, *Traité*, p. 17 (v. *supra*, p. 282 et n. 38).

(111) Paul CUCHE (v. *supra*, p. 289, n. 72) et Emile BOUTMY (*ibid.*).

(112) Il est permis de se demander comment a jamais pu être imaginée — et acceptée — une opposition entre le pouvoir judiciaire et la puissance publique, alors que la formule exécutoire est, pour le Conseil d'Etat : « *La République mande et ordonne...* » (L. 24 mai 1872, art. 24 ; décr. 2 août 1879, art. 25) — et, pour la juridiction judiciaire : « LE PRÉSIDENT *de la République française mande et ordonne...* » (L. 2 sept. 1871, art. 2) !

constitution, n'obligent-elles pas à convenir que : LA LOGIQUE CONSTITUTIONNELLE N'AUTORISE AUCUNE DISTINCTION DANS LA SITUATION DE L'ÉTAT PAR RAPPORT A SES DIVERSES JURIDICTIONS ; LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS, CONÇU POUR JOUER ENTRE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE ET L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE, EST SANS EMPLOI ENTRE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE ET L'ÉTAT, où il n'a pu être introduit, et exploité, qu'à la faveur — toujours — de cette fallacieuse et funeste confusion entre l'administration et l'Etat que nous nous sommes attaché à dépister.

Au surplus, nous allons voir qu'en fait, l'Etat n'aurait aucune raison, en cette matière, de faire jouer ce principe.

N° 2. — Les intérêts supérieurs de l'Etat

Que l'élargissement judiciaire de la responsabilité de l'Etat soit contraire à son intérêt financier, on ne saurait le contester sans entrer en conflit avec M. de la Palisse. Mais c'est une tout autre question qui se pose ici : celle de savoir *si l'intérêt financier est réellement l'intérêt supérieur de l'Etat*. Or, il nous paraît permis de répondre à cette question par la négative en plaçant, en regard et au-dessus de l'intérêt *financier* de l'Etat : l'ensemble de son intérêt *moral* et de son intérêt *constitutionnel*.

A — Si l'on accepte, selon notre précédente proposition (*supra*, p. 264 et n. 93) de considérer l'Etat comme une personne non seulement « morale » mais *éminemment morale*, on en déduira que *son intérêt supérieur* se confond avec *son devoir en général*, et spécialement avec son devoir *de garantie* de justice et de sécurité, de *paix sociale*, en un mot, consistant, nous l'avons vu (*supra*, p. 266 et 271), *en l'acceptation* POUR LUI *du droit fait* PAR LUI (113) :

« Le premier et le plus grand intérêt public est toujours la justice (114). »

(113) Et n'est-ce pas ce que signifie, dans le budget des administrations, l'institution, par le législateur, de la rubrique : « Réparations civiles » (cf. *supra*, p. 294) ?

(114) J.-J. ROUSSEAU, *Lettre IX écrite dans la montagne*, citée (p. 35) dans l'article inaugural de la Revue du Droit Public : A. ESMEIN, *Deux formes de gouvernement*, R. Dr. Publ., 1895, I, p. 1 et s. — Telle est également la manière de voir de l'éminent réfutateur de la règle de « l'Etat débiteur », M. le professeur Achille MESTRE, dans sa thèse magistrale précitée p. 89 : « Nous croyons que la *mission* des tribunaux *tant* administratifs *que* judiciaires ne consiste pas à s'inspirer des « intérêts généraux » (d'après le contexte : financiers). On ne leur demande pas s'il est conforme aux « intérêts généraux » de *déclarer* l'Etat débiteur ou non, mais si, *à raison des principes du droit*, l'Etat *est* débiteur... Plus le tribunal sera insensible à la considération des intérêts généraux et *de la fortune publique*, plus il se rapprochera de *l'idéal de la justice*. »

S'il plaît à l'Etat — *et il doit lui plaire* — de reconnaître, *au delà et au-dessus* de son intérêt *pécuniaire et inférieur* que prétend défendre l'administration, son intérêt *moral et supérieur*, dans la justice, dans sa soumission souveraine « aux lois qu'il édicte » (v. *supra*, p. 289), DE QUEL DROIT SON ADMINISTRATION, AU NOM DE QUEL MONOPOLE ADMINISTRATIF DE L'INTÉRÊT PUBLIC SA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, S'Y OPPOSERAIENT-ELLES ?

B. — Pour ce qui est de l'intérêt *constitutionnel* de l'Etat, il convient de considérer que, sous la seule réserve de la question d'interprétation et d'appréciation dont nous reportons la solution à la Section suivante (*infra*, p. 312 et s.), cet intérêt consiste en *l'équilibre réalisé par l'attribution, à la juridiction administrative*, de la « connaissance *des actes* administratifs » (loi du 16 fructidor an III), et l'attribution, à la juridiction judiciaire, de la connaissance *des demandes en réparations pécuniaires des conséquences nocives* des actes — même administratifs et *a fortiori* non administratifs — d'agents administratifs, alors que nous venons de reconnaître à l'article précédent que cette imputation pécuniaire des *conséquences* des dits actes ne se traduirait en aucune manière par un « trouble des opérations des corps administratifs » (Loi des 16-24 août 1790) (115).

Instituée POUR METTRE L'ACCENT ADMINISTRATIF EN UN CERTAIN CONTENTIEUX : celui de L'ACTE administratif, la juridiction administrative *ne répond plus à son institution en portant* CETTE MISE D'ACCENT ADMINISTRATIF dans UN AUTRE CONTENTIEUX : celui de la *réparation par l'Etat* des CONSÉQUENCES *pécuniaires* de l'acte, *même non administratif*, d'un agent administratif. Alors que, *dans le premier contentieux*, la juridiction administrative est, *en même temps que la juridiction de l'administration, la juridiction de l'Etat et pour l'Etat, dans le second contentieux, elle n'est plus que la juridiction de l'administration*, celle dont l'administration peut dire : *hanc juris-*

(115) « *L'acte* administratif en vertu duquel un dommage a été causé, écrivait, il y a près d'un siècle, un des pionniers les plus autorisés et les plus ardents de la prérogative administrative — *en sa mesure de l'époque* — ne fait pas obstacle à ce que les tribunaux statuent sur *la réparation pécuniaire* de ce dommage. Seulement, ils doivent respecter cet acte et ne rien prescrire qui lui soit directement contraire ». Adolphe CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, t. III, 1844, p. 515. Aujourd'hui un des plus éminents défenseurs de la juridiction administratice, le vénéré doyen H. BERTHÉLEMY déclare. « ON FAUSSE LE SENS DU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS EN ATTRIBUANT A LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE LA CONNAISSANCE DE TOUTES LES CONSÉQUENCES D'ACTES D'ADMINISTRATEURS, QUELS QUE SOIENT LA NATURE ET LE BUT DE CES ACTES » (*Traité*, 11e éd., 1926, p. 100, 101).

dictionem meam esse aïo (116) celle en laquelle l'administration a mis — et pour cause, nous allons le voir — toutes ses complaisances (117).

Et cette observation nous amène à l'examen du troisième point annoncé.

N° 3. — Les intérêts en jeu de l'administration

Reportons-nous d'abord ici à nos précédentes observations. Nous sommes parti (*supra*, p. 293) du fait de la résistance systématique opposée par l'administration aux demandes de réparations formées par les administrés à raison d'actes — aussi bien administratifs que non administratifs — d'agents administratifs. Cette résistance, disions-nous est — dans une certaine mesure — tout à l'honneur de l'administration, qui remplit ainsi sa fonction de fidèle servante et gardienne de l'intérêt financier de l'Etat, dont elle a la charge. Nous pouvons maintenant préciser que *cette mesure est celle de la concordance de l'intérêt financier de l'Etat avec son intérêt moral*, c'est-à-dire que la résistance administrative à la demande de réparation est juste et louable dans la mesure où la demande est injuste et condamnable.

Le malheur est que les raisons, pour l'administration, de dépasser cette mesure et, partant, de tenir à la compétence administrative qu'elle juge plus favorable que la compétence judiciaire à ce dépassement, ne manquent pas.

C'est, d'abord, la responsabilité de l'administration — responsabilité non pas pécuniaire envers l'administré on ne saurait trop le répéter — mais politique, budgétaire, disciplinaire envers l'Etat et morale envers le public, et dont la mise en jeu en cette matière apparaît en raison directe de la quantité des réparations accordées.

C'est, ensuite, *le soulèvement du voile*, le regard, *que celles-ci* permettent sur le fonctionnement du service.

C'est, enfin, ce que nous ne nous permettrons de nommer qu'entre guillemets et après Maurice Hauriou : « la susceptibilité vaniteuse de l'administration » (118). Très humaine, très féminine même, l'administration comme on l'a dit également « n'aime pas avoir tort ». Comment, d'ailleurs, autorisée par l'accord des doctrines les plus

(116) Cf. *supra*, p. 107, n. 12, et 291, n. 73.
(117) Cf. *infra*, p. 366.
(118) *Précis*, 10e éd., 1921, p. 405.

discordantes à déclarer — royalement avons-nous observé (*supra*, p. 283) : « l'Etat c'est moi », comment n'en déduirait-elle pas tout aussi royalement — *The king can do no wrong* — qu'elle « ne peut mal faire » (119).

A la vérité, ces divers ordres de préoccupations administratives reçoivent satisfaction par la compétence administrative. Par son caractère « inquisitoire », « écrit », par la réduction de sa publicité non comparable à celle de la procédure judiciaire (120), la procédure administrative évite la pénétration de l'autorité judiciaire dans le fonctionnement du service administratif, le « soulèvement du voile » (121). D'autre part, elle est « dirigée » — de très haut — « non par les parties maîtresses de leurs droits mais par le juge lui-même » (122) — le juge administratif. En fait, elle est l'œuvre de l'autorité administrative en cause (123).

(119) Il est, par contre, pour l'administration, une raison, dont nous nous empresserons de reconnaître la légitimité, de s'opposer à la compétence judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat. C'est *l'atteinte portée à son autonomie par l'interprétation et l'appréciation judiciaires des actes administratifs*. Cette considération sera envisagée à la Section suivante comme se rapportant *aux motifs* de la « condamnation » pécuniaire de l'Etat et non *au dispositif* que nous envisageons seul ici, en ses conséquences (Cf. *infra*, p. 312 et 313, n. 141).

(120) Cf. notamment : H. Berthélemy, *Traité*, 11e éd., 1926, p. 1140 et s. ; M. Hauriou, *Précis*, 11e éd., 1927, p. 992 et s. ; J. Appleton, *Traité*, 1927, p. 323 et s.

(121) « En général, il y aurait peu d'inconvénients, observe Faustin Hélie (*Traité de l'Instruction Criminelle*, t. III, 1848, § 158, p. 304), il y aurait de très grands avantages peut-être, *à lever une partie des voiles qui couvrent les actes intérieurs de l'administration*, et, d'ailleurs, ne doit-on pas tenir compte de la réserve que les magistrats s'imposent dans leurs investigations, de la sagesse des formes judiciaires, de la garantie qu'elles assurent à tous les intérêts. Et puis, en résultat, lors même que cette enquête aurait quelques inconvénients, est-ce que l'autorité administrative n'a pas le devoir de concourir, comme tous les membres de l'Etat, à assurer *la fin de la justice?* Est-ce que cette fin n'est pas le premier intérêt, *le premier besoin de la société ?* » (cf. *supra*, p. 305 et n. 114).

(122) Jules Coumoul, *Traité du Pouvoir judiciaire*, 2e éd., 1911, p. 104.

(123) A cet égard, il nous est difficile de nous associer à l'optimisme de Maurice Hauriou (Notes *Ambrosini*, S. 1912.III.161, et N. A. H., I, p. 515, et *Tomaso Greco*, S. 1905.III.113, et N. A. H., I, p. 537). Une longue pratique des litiges et de la constitution des dossiers du contentieux administratif des « réparations civiles » nous commande des réserves sur l'objectivité d'une enquête administrative, même — et toujours — menée de la meilleure foi administrative. Un devoir moral de discrétion s'impose à nous sur ce point, mais voici qui ne viole aucun secret : La loi du 20 avril 1932 qui est venue si à propos, comme nous le verrons (*infra*, p. 416 et s.), pour le salut de la compétence administrative, conférer au Tribunal des Conflits un pouvoir d'évocation, a, par contre, créé une précieuse possibilité de *confronter*, en une même cause, l'instruction administrative avec l'instruction judiciaire — et, du premier coup, *la confrontation a été décisive.* Dans l'affaire *Rosay* sur laquelle nous aurons lieu de revenir amplement (*infra*, p. 389 et s.), le Tribunal des Conflits s'est vu *dans l'obligation* de relever *une faute multiple et lourde* à la charge d'un conducteur d'automobile militaire que

Mais autant ces formes de *l'intérêt particulier de l'administration* peuvent se couvrir de *l'intérêt financier de l'Etat*, autant il est difficile d'apercevoir leur accord avec *l'intérêt général supérieur de l'Etat* tel que nous l'avons ci-dessus reconnu (124). Selon la formule de Rousseau (125), c'est « la volonté de corps, laquelle est *générale* par rapport *au gouvernement (comme à l'administration)* et PARTICULIÈRE *par rapport* A L'ETAT dont le gouvernement (comme l'administration) fait PARTIE ». Volonté de corps qui doit être « très subordonnée » à la « volonté générale ou souveraine toujours dominante » de l'Etat (126).

« l'enquête dirigée par le juge administratif » *avait innocenté*... « Vient-il au ministre, écrivait NECKER (Rapport cité par Rodolphe DARESTE dans *La justice administrative en France*, 1892, p. 150) des plaintes d'un particulier ou d'une paroisse entière ? que fait-on alors ? et qu'a-t-on fait de tout temps ? On communique à l'intendant la requête. Celui-ci, en réponse, ou conteste les faits ou les explique, et toujours d'une manière à prouver que tout ce qui a été fait par ses ordres a été bien fait : alors on écrit au plaignant qu'on a tardé à lui répondre jusqu'à ce qu'on eût pris connaissance exacte de son affaire *et on lui transmet comme un jugement réfléchi du Conseil la simple réponse de l'intendant*... Ainsi le ministre ne voit jamais que par les yeux de l'homme qu'il aurait besoin de juger, et cet homme sait qu'il n'en peut être autrement et qu'à moins de manquer à la subordination ou d'entraver la marche des affaires sa décision doit être en tout adoptée... » Le tableau de NECKER a-t-il donc tant vieilli ?

(124) Qu'il existât, pour l'administration, dans l'affaire précitée (v. *supra*, p. 286, n. 50 ; 296, n. 87) *Olivier-Zimmermann* un intérêt à ce que des débats judiciaires, d'abord, et ensuite une lourde condamnation judiciaire ne vinssent pas appeler, sur cette affaire si *particulièrement* administrative, l'attention publique, on en peut aisément convenir. Mais, quant à ériger cet *intérêt particulier* de l'administration en *intérêt public*, c'est une autre question. Que si l'on objecte que le trésor de l'Etat, c'est l'argent des contribuables, et que ceux-ci ne pourront recevoir comme *victimes* que l'argent qu'ils auront versé précisément comme *contribuables* (v. *supra*, p. 267 et s.), le bon sens répond que : *comme l'assurance a permis la garantie de l'ouvrier, l'impôt doit permettre la garantie du citoyen*, que, sous le prétexte d'épargner aux contribuables un léger supplément de contribution on leur fait céder, à ce prix de dupe, leur droit de protection contre les agissements des agents de l'administration. Le marché d'*Esaü* — ici encore — fut moins *désastreux*. Evidemment, cela — comme tout — est question de mesure. Mais cette question *de mesure* n'est, pour notre matière, en dernière analyse, que la question *du mesureur*. La thèse administrative n'admet pas, comme mesureur des réparations *par l'Etat* des atteintes aux droits causés *par ses agents*, le mesureur *général et normal* des réparations. Et nous nous attachons précisément à démontrer ici que cet ostracisme, explicable par un intérêt particulier et mal entendu de l'administration, ne se justifie, ni par l'intérêt supérieur de l'Etat, ni même par l'intérêt bien entendu de l'administration. Cf. LABAND, *supra*, p. 286.

(125) *Contrat social*, Ed. par Dreyfus-Brisac, Alcan, 1896, Livre III, Chap. II, p. 102.

(126) Si, dirons-nous pour reprendre encore une fois pied dans le droit commun (cf. *supra*, p. 290), si *le maître d'un ensemble de corps de serviteurs* a chargé organiquement *l'un de ces corps de serviteurs* de la *mission* de décider, *en conscience et en son nom*, les attributions d'indemnités aux victimes *des agissements des agents d'un autre corps de serviteurs*, et si, *en vue de dissimuler l'exis-*

Doit-on donc rester sur cette divergence ? Nous ne le pensons pas et nous ferons un pas de plus pour établir — encore par un système de références à des maîtres dont la voix est plus autorisée que la nôtre — que la soumission de l'Etat au droit commun, donc national, de la responsabilité est conforme *non seulement à l'intérêt moral supérieur de l'Etat mais même à l'intérêt supérieur — donc bien entendu — de l'administration.*

Nous citerons donc :

I. — Cormenin (127), à une époque lointaine, il est vrai, mais dont, pas plus que tout souvenir, tout vestige n'a peut-être pas disparu, Cormenin, « le Père du Droit administratif », écrivait :

« L'opinion alarmée s'est retirée peu à peu de l'administration. Elle s'est jetée sous la sauvegarde de la magistrature et il semble, aujourd'hui plus que jamais, qu'élever le conflit, c'est briser les portes des tribunaux et arracher les citoyens d'un asile. »

II. — Serrigny (128) : « La bonne politique consiste à faire prédominer la justice et non à la confisquer »... « Quand les gouvernements seront-ils convaincus que les meilleures conditions d'influence et de durée reposent, pour eux comme pour les particuliers, sur la probité, la moralité et la justice ? »

III. — Léon Aucoc (129) : « Vos autres maîtres, messieurs, vous ont enseigné jusqu'ici les procédés les plus sûrs pour exécuter solidement les travaux publics *en ménageant les deniers de l'Etat.* Je tiens à vous apprendre la manière de ménager un capital plus précieux encore : l'affection des citoyens pour le gouvernement. »

IV. — Hallays-Dabot (130) : « Quoique la perspective de ces conséquences onéreuses (responsabilité de l'Etat) puisse parfois gêner les représentants de l'administration dans l'exercice des pouvoirs que la loi leur confère, ce résultat inévitable, qui se traduira par des indemnités pécuniaires, n'est-il pas après tout bien moins grave que ne le serait le système opposé, avec le discrédit et la légitime défiance qui devraient en rejaillir sur nos administrations publiques ? A ce point de vue, il nous semble bien préférable d'appliquer en pareil cas la règle salutaire et conforme à l'équité qui veut que toute atteinte portée. dans un but d'intérêt général, à un droit ou à une convention, soit l'objet d'une réparation. »

tence ou la gravité des dits agissements par le refus ou la réduction des indemnités que *le premier corps de serviteurs* eût allouées selon sa conscience et, partant, *selon la volonté et au nom de son maître, le second corps* de serviteurs, auteurs des faits nocifs, prétend, pour l'accomplissement de la mission de réparation, *se substituer au premier corps*, c'est sa « volonté de corps » qu'il prétend imposer à la *volonté du maître général*, et, s'il se trouve que cette volonté d'un corps de serviteurs sert, en même temps que son intérêt particulier, l'intérêt *pécuniaire* du maître général, ce n'est *qu'en trahissant la volonté de celui-ci, en desservant ses intérêts supérieurs de moralité et de constitution de sa maison.* Or telle est, *a fortiori*, la situation lorsqu'il s'agit *du maître public: Etat, de la Maison : Nation* (cf. *supra*, p. 303) *et de ses deux corps de serviteurs publics:* le *judiciaire et l'administratif* (cf. *supra*, p. 306).

(127) *Rapport préparatoire à l'Ordonnance du 1er juin 1828 sur les Conflits.* Dalloz, J. G., t XII, 1851, n° 55, p. 109.

(128) *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, t. I, 1865, p. 129, et p. 155.

(129) *Conférences sur l'adm. et le Droit adm.*, 3e éd., t. I, 1885, p. XII.

(130) Note au Rec. Lebon, sous Tr. Confl., 22 avril 1883, *Soleillet*, p. 374 et s.

V. — Marcel MOYE (131) : « La marche des services publics ne sera nullement entravée par leur responsabilité en cas de faute ou de négligence. Le seul effet pratique de cette responsabilité sera d'inciter les agents à ne pas y exposer l'Etat en redoublant de zèle et de vigilance : pareille perspective n'a rien semble-t-il qui doive effrayer. »

VI. — G. AILLET (132) : « Le droit ne veut plus être forme mais raison... A chacun, il demande de ne plus s'enfermer dans son sens propre, dans ses intérêts exclusifs, de se hausser à un point de vue commun, social, qui rende possible *non la simple soumission, mais* L'ADHÉSION. »

En un mot, emprunté à Maurice Hauriou (133), il faut éviter « LE DIVORCE DE L'ADMINISTRATION ET DU PAYS ». Servante — gouvernante (134) — de l'Etat « honnête homme », l'administration a elle-même son intérêt — réel et bien entendu — à se montrer « honnête femme », sous peine de « semer le scepticisme et le mécontentement » (135), ce qui, tout bien considéré, n'est pas plus l'intérêt de l'administration que celui de l'Etat.

Il faut, conclurons-nous, *rejeter la confusion entre l'administration et l'Etat*, confusion régnant à la faveur d'une terminologie dont le caractère fallacieux nous paraît maintenant établi en tant qu'elle tend *à faire prévaloir l'intérêt particulier apparent et mal entendu de l'administration sur les intérêts supérieurs de l'Etat, avec lesquels concorde, d'ailleurs, l'intérêt élevé, réel et bien entendu de l'administration elle-même.*

L'administration — qui, donc, n'est pas l'Etat — n'est pas décemment recevable, pas plus en se confondant avec l'Etat qu'en parlant pour elle-même, à se réclamer du principe de la séparation des pouvoirs à raison d'un prétendu « trouble » matériel *que subirait son activité — et encore moins qu'éprouverait l'Etat lui-même — du seul fait de la reconnaissance judiciaire de la responsabilité pécuniaire de l'Etat en réparation des conséquences d'actes — même administratifs et* a fortiori *non administratifs — d'agents* aux ordres (136) *de l'administration et* au service (137) *de l'Etat.*

(131) Rev. Crit., 1906, *Jurisprudence administrative*, p. 1.
(132) *Obligation civile et obligation morale*, Rev. de Métaph., 1927, p. 56.
(133) Note sous Trib. Conft., 2 juin 1908, *Morizot*, S. 1908.III.81, et N. A. H., I, p. 621. Cf. *supra*, p. 102.
(134) Cf. *supra*, p. 229, n. 30-A-1° et p. 286, n. 52.
(135) Louis FOREST, *loc. cit.*, v. *supra*, p. 266, n. 98.
(136)-(137) On voit que nous saisissons toutes les occasions de distinguer la « subordination » du « service ». Cf. *supra*, note 16 de la p. 221.

SECTION II

LE « TROUBLE » MORAL ET DIRECT DE L'AUTONOMIE ADMINISTRATIVE

Dans un premier paragraphe — très court puisqu'il s'agit d'un accord — nous reconnaîtrons le bien fondé de l'objection ; dans un second — sensiblement plus étendu puisque l'accord cessera — nous proposerons notre solution.

§ I. — **L'objection**

Dans la Section précédente, nous nous sommes efforcé d'établir que l'objection, tirée de la prétendue « paralysie » de l'activité administrative par la compétence judiciaire en matière de responsabilité pécuniaire de l'Etat, n'est pas fondée et que l'influence, sur la conduite administrative, des condamnations judiciaires de l'Etat en réparation pécuniaire des conséquences d'actes d'agents administratifs *n'intéresse en aucune manière la règle de la séparation des pouvoirs*. Nous avons reconnu, avec M. le doyen H. Berthélemy, que l'interdiction constitutionnelle de « connaître des *actes administratifs* » ne saurait être qu'abusivement hypertrophiée en une interdiction absolue de connaître des *conséquences* de tous actes d'agents administratifs : cf. *supra*, n. 115 de la p. 306.

Mais, si la « condamnation » pécuniaire de l'Etat ne peut, en elle-même, être considérée comme un « trouble » opposable par l'administration, en doit-on conclure que la compétence judiciaire en cette matière soit imposable sans réserve à l'administration ? Ce serait oublier qu'une décision juridictionnelle comprend : non seulement un *dispositif* mais aussi des *motifs* (138), et que, s'agissant de préjudices imputés à des agents administratifs de l'Etat, ces motifs peuvent comporter *une interprétation d'actes administratifs* ou, ce qui est plus grave, *une appréciation d'activité administrative*. Or, c'est précisément en cette interprétation ou en cette appréciation — *jugement de sens* et *jugement de valeur* — ou *a fortiori* en leur réunion, que consiste la « connaissance des actes administratifs » aux termes de la loi du 16 fructidor an III (139). *Donc, dans la mesure où le jugement d'une action en réparation impliquera une interprétation d'acte administratif ou une appré-*

(138) Cf. *supra*, note 119 de la p. 308.
(139) Cf. nos précédentes citations, *supra*, p. 275 et s.

ciation d'activité administrative, le principe de la séparation des pouvoirs est intéressé à la compétence.

Si le « pouvoir » administratif, comme le « pouvoir » judiciaire, ne sont, en réalité, *par rapport à l'Etat*, que des *fondés de pouvoir* (140), par contre, *entre eux, dans leurs rapports respectifs*, ils sont bien des *pouvoirs*. Si, par rapport à l'Etat, leurs *souverainetés* respectives ne sont que « *dérivées* » (v. *supra*, p. 288, n. 61), elles sont, *au regard l'une de l'autre, absolues et intangibles*. Et si la compétence judiciaire rencontre un obstacle constitutionnel dans la séparation des pouvoirs ce n'est pas parce qu'il en résultera une prétendue « entrave » effective à l'activité de l'administration, c'est en tant que cette compétence pourra permettre au pouvoir judiciaire *une atteinte organique à la souveraineté du pouvoir administratif* (141), *à l'autonomie, au prestige, de l'administration*. C'est cette atteinte, plutôt morale que matérielle, qu'interdit en notre matière le principe de la séparation des pouvoirs. Selon la magistrale formule de M. Jean Appleton, seules, « faisant partie de l'administration, les juridictions administratives ont qualité *pour reconnaître ses torts sans diminuer son prestige* » (*Traité*, n° 14, p. 29 ; v. *supra*, p. 308 et n. 119).

En d'autres termes, et pour relier cette conclusion à nos précédentes explications, autant la juridiction judiciaire est qualifiée pour la reconnaissance de la responsabilité pécuniaire de l'Etat envers l'administré (cf. *supra*, p. 306), *autant lui est constitionnellement interdite la zone de la responsabilité politique, disciplinaire, morale de l'administration envers l'Etat et le public* (cf. *supra*, p. 294).

Mais cette grave réserve imposée à la compétence administrative entraîne-t-elle la condamnation radicale de la compétence judiciaire ? C'est précisément ce qu'il convient maintenant de rechercher.

§ II. — La solution proposée : Question préjudicielle administrative. La solution transactionnelle : Option.

Selon la thèse régnante de la compétence administrative, *l'existence d'une question d'interprétation d'acte administratif ou*

(140) Cf. *supra*, p. 303 et s.

(141) « *Le gouvernement n'est pas disposé à permettre les empiètements du* POUVOIR JUDICIAIRE SUR le POUVOIR ADMINISTRATIF », déclarait, à la séance de la Chambre du 27 décembre 1907, le ministre de l'Instruction publique Aristide BRIAND, au sujet de la célèbre affaire *Morizot*, relative à une responsabilité d'insti-

d'appréciation d'activité administrative est suffisante pour déterminer la dévolution intégrale du litige à la juridiction administrative. C'est là *une certaine* traduction du principe de la séparation des pouvoirs à laquelle l'arrêt *Blanco* est aussi étranger qu'au principe lui-même, nous ne saurions trop le rappeler (v. *supra*, p. 213). C'est dans l'arrêt *Feutry* du 2e Tribunal des Conflits (v. *supra*, p. 155, n. 42) que nous en avons relevé l'exploitation — *mais non la découverte*. Car cette découverte est, on s'en souvient (v. *supra*, p. 110), l'œuvre — le chef-d'œuvre — d'adresse, d'habileté pro-administrative, de l'arrêt *Manoury*, tête de ligne de la jurisprudence, en cette matière, du 1er Tribunal des Conflits. Nous y avons dénoncé *l'absorption subreptice, le magistral escamotage, de la question principale dans la question préjudicielle administrative* (142).

Dans un premier article, nous prendrons position contre cette attraction, contre ce déplacement de compétence, c'est-à-dire *pour le principe de la question préjudicielle*. Dans un second article, nous passerons du principe à l'application, au jeu de la question préjudicielle administrative. Puis, nous conclurons — et transigerons.

ARTICLE 1. — LE PRINCIPE DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE ADMINISTRATIVE

Si la question préjudicielle ne présentait que des avantages, les médailles n'auraient qu'un avers et la perfection serait de ce monde. Seulement, le point n'est pas ici de savoir si cette solution est parfaite, ni même si elle agrée à la doctrine administrative, mais bien si les critiques que celle-ci lui oppose sont — ou non — tirées du principe de la séparation des pouvoirs. C'est ce que nous allons examiner rapidement.

Lorsque la solution de la question principale d'un litige dépend de la solution d'une autre question — de ce fait, incidente — *le principe est la dévolution de la question incidente au juge de la question principale* (143). Que si des « raisons pressantes » s'opposent

tuteur et qui devait déterminer l'arrêt Tr. Confl., 2 juin 1908, S. 1908.II.81, note Hauriou. Cf. *supra*, p. 102.

(142) Non sans avoir enregistré, d'ailleurs (*supra*, p. 110, n. 23) le trop scrupuleux précédent : arrêt *de Rotrou*.

(143) « Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, déclarait en 1813 une note célèbre adoptée par la Cour de cassation sur rapport du président Barris avec approbation du procureur général Merlin, l'est, par là-même, pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, *quoique, d'ailleurs, ces questions fussent hors de sa compétence*,

au jeu de ce principe, la question incidente, au lieu d'être déférée, comme simple question *préalable*, au juge de la question principale, pourra, comme question *préjudicielle*, être réservée à son juge spécial. Mais, ne pas se contenter de cette dépossession partielle du juge principal et *faire basculer la compétence principale du côté du juge préjudiciel*, prétendre ainsi appliquer le principe de la note Barris, non seulement en le tournant, *mais en le retournant*, apparaît comme une véritable gageure, et c'est en quoi l'arrêt *Manoury* se révèle comme un tour de force, d'autant que, pour intégrer ainsi la question préjudicielle dans la question principale, le 1er Tribunal des Conflits n'a donné aucune raison — que son autorité : « *dixi.* » Aussi la doctrine de la thèse administrative (144) a-t-elle senti le besoin de combler cette grave lacune. Les arguments qu'elle a mis en œuvre contre le maintien de la question préjudicielle administrative, comme telle, sont de deux ordres : argument pratique d'ordre général — et argument juridique spécial à notre matière. Examinons-les successivement.

I. — Le grand reproche, le grief, banal à force d'être classique, dont on écrase la question préjudicielle — *in genere* — ce sont les complications, ce sont les retards qu'elle entraîne avec elle dans la procédure. Seulement, ici, les auteurs se divisent.

Pour la généralité, *la sévérité* à l'égard de la *question préjudicielle administrative* n'est, comme pour le Tribunal des Conflits de l'arrêt *Manoury*, qu'une forme de *la bienveillance pour l'extension*

si elles étaient posées principalement. Il faut donc une disposition formelle de la loi pour ne pas faire application de ce principe ». Après avoir ainsi cité ce passage avec indication de sa référence (Dalloz, J. G., v° *Question préjudicielle*, n° 7, note), M. Achille Mestre, dans son article magistral : *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 592, observe encore, un peu plus loin, p. 596, qu'il faut « des raisons bien pressantes pour mettre en échec ce droit des juges ».

(144) La doctrine, disons-nous. Il est, en effet, assez singulier que, considérée par les tribunaux, même administratifs, nous le verrons (cf. *infra*, p. 318 et s.), sans défaveur, la question préjudicielle jouisse, dans la doctrine administrative, d'une assez mauvaise presse : « Nous n'avons jamais aimé les questions préjudicielles », déclare sans ambages M. Hauriou (Note sous Tr. Confl., 16 juin 1923, Septfonds, N. A. H., p. 61, dern. al.). On voudra bien croire que ce n'est pas davantage « l'amour » de la question préjudicielle qui nous inspire nous-même, et que, comme tous les savants auteurs que nous allons citer, *nous la tenons pour un mal.* Seulement, ce mal, nous le considérons comme nécessaire quand il nous apparaît infiniment moindre que le remède généralement visé par la critique, savoir : la dévolution du principal (judiciaire) au juge (administratif) de la question incidente (cf. 1re note suivante). Qu'au contraire, on nous propose (cf. 2e note suivante) la suppression de la question préjudicielle administrative par sa dévolution au juge (judiciaire) de la question principale et nous y souscrirons pleinement.

de la compétence administrative incidente à la question principale judiciaire (145). Au contraire, d'autres maîtres éminents du droit administratif se prononcent catégoriquement pour la solution rationnelle de la difficulté préjudicielle : suppression de la question préjudicielle administrative par rattachement à la compétence judiciaire principale (146).

A l'objection dont il s'agit, nous pourrions répondre d'abord que l'expertise, elle aussi, complique et retarde, et que la question préjudicielle administrative n'est autre chose qu'une *expertise* ...soit de juges administratifs, soit même simplement d'administrateurs (147). Mais ce sera pour observer ensuite — et surtout — que ce reproche de complication n'intéresse en rien le principe de la séparation des pouvoirs.

Enfin, si l'on veut bien considérer que le grief de complication est élevé pour le bien du justiciable, on reconnaîtra, dans la solution que nous proposerons en conclusion du présent paragraphe (*infra*, p. 332) un moyen de laisser précisément le dit justiciable... juge de son propre intérêt.

II. — L'argument juridique spécial à notre matière a déjà été annoncé (*supra*, p. 110). Il consiste en cette observation que : lorsque la question incidente « emporte le fond », « la compétence se trouverait déplacée » (148) si le juge de la question principale n'était pas celui de la question préjudicielle.

Objection un peu déconcertante : à ce compte, la question préjudicielle, dont le propre est, précisément, de commander la question

(145) En ce sens : Laferrière, *Traité*, t. II, p. 167 ; Léon Michoud, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. publ., 1895, II, p. 30 : « Il y a là (dans le cas de la question préjudicielle administrative) des difficultés et des lenteurs possibles qui seront toujours préjudiciables aux parties. On les évitera partiellement en confiant la solution de l'ensemble de ces questions aux tribunaux administratifs. » — Jean Appleton, *Traité*, p. 127 et 200 : « La juridiction administrative, la seule qui puisse statuer (en matière de contrats administratifs) sans les mille complications des questions préjudicielles... »

(146) En ce sens : Maurice Hauriou dans sa note sous Tr. Confl., 29 juill. 1916 (S. 1917.III.1, et N. A. H., I, p. 49) et dans le passage précité dont nous poursuivons l'extrait : « Nous n'avons jamais aimé les questions préjudicielles et les questions de procédure. Nous verrions sans regret disparaître les renvois obligatoires au Conseil d'Etat, soit en interprétation, soit en appréciation de validité, aussi bien pour les actes administratifs particuliers que pour les règlements. » — André Fliniaux, dans son article précité : *Le Recours en appréc. de valid.*, Mél. Hauriou, p. 333. — Achille Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, *ibid.*, p. 595, précité. — M. Jean Appleton, lui-même, *Traité*, n° 357, adhère à ce sacrifice administratif... en dehors de la matière : responsabilité de l'Etat.

(147) Cf. *infra*, p. 331.

(148) Pierre Dareste, *Voies de recours*, 1914, p. 595, 610, 620.

principale (149), se verrait supprimée dans une grande — sinon la plus grande — partie des litiges où elle se pose. C'est ainsi que, d'une part, la nécessité d'un recours administratif : soit en interprétation, soit en appréciation de validité, suffirait pour volatiliser automatiquement la compétence judiciaire dont relevait la question principale. D'autre part, et inversement, la subordination à une question d'état ou de propriété d'un recours en excès de pouvoir contre une décision administrative devrait déclancher l'emprise non moins automatique de la compétence judiciaire sur la question principale (150).

Par ailleurs, si la séparation des pouvoirs peut motiver la dévolution au juge administratif de la question préjudicielle, il serait excessif de l'invoquer pour justifier la jonction du principal à l'incident tout autant, nous le répétons, que de prétendre s'appuyer sur la note Barbis sous le prétexte qu'on la renverse...

Enfin, il semble difficile de contester que la question préjudicielle, tout en commandant — par définition — le litige, nous venons de le voir, laisse encore au juge du dispositif une marge fort appréciable de prérogative juridictionnelle puisqu'il reste titulaire de quatre attributions essentielles, savoir :

1° Reconnaître l'existence du *dommage* et sa pertinence en ses caractères intrinsèques (151) ;

2° Reconnaître la présence d'une « injustice *objective* » (cf. *infra*, n. 164 de la p. 322) qui confère au *dommage* sa qualité de *préjudice;*

3° De la solution de la question préjudicielle administrative sur l'existence de la faute — ou du degré de faute — administrative déterminant l'injustice subjective (cf. *infra*, n. 175 de la p. 324), déduire les motifs de la décision *à cet égard ;*

4° De ces divers ordres d'éléments d'information et d'appréciation, *déduire* souverainement, *après évaluation pécuniaire du préjudice, la juste mesure de la réparation devant être reconnue à la charge de l'Etat.*

(149) N'est-ce pas M. Jean Appleton lui-même qui pose cette première condition de l'existence d'une question préjudicielle : « Il faut... que le sort du litige dépende de la solution de cette question » (*Traité*, n° 67, p. 128) ?

(150) C'est encore M. J. Appleton (*ibid.*), qui cite l'exemple d'une contestation de nationalité devant le conseil de revision et celui d'une mutation de cote de contribution foncière lorsque la propriété de l'immeuble est contestée entre les parties.

(151) Avec la généralité de la doctrine et de la jurisprudence, et sauf à revenir par la suite (cf. *infra*, p. 379 et s.) sur la question du caractère « matériel », nous admettrons, pour le dommage, trois ordres de caractères, de *conditions* de *pertinence*, à savoir que le dommage doit être : 1° « Direct, immédiat, actuel » ; 2° « permanent » ; 3° « inégal, exceptionnel, anormal » et, partant, « *spécial* ».

Ainsi, l'absorption du principal par l'incident ne se justifie pas davantage par le respect des prérogatives du pouvoir judiciaire que par celui de l'autonomie du pouvoir administratif (152).

Comme nous l'avons déjà observé (*supra*, p. 110) en fin de notre *examen* de l'arrêt *Manoury*, la vérité, à notre humble avis, c'est que dans le camp administratif, on se prononce bien haut pour le « tout ou rien » en sous-entendant que ce sera toujours « tout ». Mais... que la première ligne du front fléchisse, et l'on s'accommodera fort bien de se replier sur « peu » plutôt que sur « rien ». La question préjudicielle sera une nouvelle « part du feu » (153). *Il convient de remarquer*, observe M. Hauriou, *que le contentieux de l'interprétation a servi plus d'une fois à couvrir la retraite de la jurisprudence administrative* » (154). Et cette observation touchant le « contentieux de l'interprétation » ne vaut pas moins à l'égard du « contentieux de l'appréciation ».

Déjà, certain héron s'en était avisé :

« Les plus accommodants ce sont les plus habiles,
« On hasarde de perdre en voulant trop gagner. »

Si, vraiment, la question préjudicielle est fâcheuse, pourquoi s'en être si aisément « accommodé » dans les cas où la compétence judiciaire au fond est inéluctable (155) ? Pourquoi l'accueillir — même contre la volonté du législateur — pour l'exception d'illégalité de l'article 471-15° du Code pénal, comme l'a fait si complaisamment le Conseil d'Etat (156) ? Mieux encore : « cette pelée, cette galeuse », cette question préjudicielle que l'on charge de tous les vices *dans le sens normal*, comment a-t-on pu imaginer de la faire jouer *à l'envers* ? Car, n'est-ce pas en définitive une *question préjudicielle à l'envers que cette combinaison* (cf. *supra*, p. 151 et n. 29) :

(152) « L'assujettissement qui semble résulter, pour les uns et pour les autres de la nécessité de surseoir jusqu'à ce qu'une autre juridiction se soit prononcée sur un élément *essentiel* du litige qui leur appartient, est, en réalité, une garantie de leur mutuelle indépendance (LAFERRIÈRE, t. I, p. 496).

(153) V. *supra*, p. 189, n. 120.

(154) *Précis*, 11e éd., note 3 de la p. 957.

(155) Cf. entre autres : Req., 17 déc. 1895, *Ville de Toulouse*, D. P. 1896.I.385 ; Civ., 4 août 1915, *Salducci*, D. P. 1921.I.15 ; *mais surtout et tout particulièrement* l'arrêt type : Civ., 28 janv. 1902, *Epoux Fournier*, D. P. 1904.I.143. ADDE, en ce qui concerne spécialement la matière de l'emprise : P. COUZINET, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée*, 1928, p. 182.

(156) Cf. sur ce point : Marc RÉGLADE, *L'exception d'illégalité en France*, REV. Dr. Publ., 1923, p. 414 et s., 421 et s., avec référence à l'arrêt catégorique : Cons. d'Et., 29 oct. 1914, *Desruelle et Cuisne*, Rec. p. 1921 ; Achille MESTRE, article précité : *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, p. 595.

jugement par le Conseil d'Etat de la responsabilité pécuniaire de l'Etat à raison d'irrégularités en matière de poursuites fiscales, *à la suite* et *en fonction* du jugement, *par la juridiction judiciaire*, de la *question préjudicielle de régularité* de l'initiative *administrative des poursuites*.

On est donc fondé à douter de la valeur objective et du caractère juridiquement désintéressé de l'aversion ci-dessus signalée à l'égard de la question préjudicielle. Aussi bien notre proposition se voit-elle corroborée par un des auteurs pro-administratifs dont nous avons enregistré les objections contre cette procédure. C'est M. Pierre Dareste qui, condamnant à la page 610 et à la page 620 de son *Traité*, (v. *supra*, p. 316 et n. 148), la question préjudicielle, écrit à la page 595 :

« La nécessité d'apprécier ou d'interpréter un acte administratif peut bien être un motif pour surseoir à statuer en renvoyant la question préjudicielle à l'autorité compétente, mais non pour modifier la compétence au fond » (157).

Il nous est, croyons-nous, permis de conclure que le *principe de la séparation des pouvoirs, entendu au sens constitutionnel de l'interdiction du trouble politique moral de l'autonomie du pouvoir administratif par l'ingérence du pouvoir judiciaire, sous forme d'interprétation d'acte administratif ou d'appréciation d'activité administrative, est parfaitement inapte à justifier ce processus logiquement et juridiquement contre nature : l'aspiration de la compétence judiciaire principale par la compétence administrative préjudicielle touchant cette question d'interprétation ou d'appréciation.* Au surplus, le système de la question préjudicielle administrative en matière de responsabilité de l'Etat est tellement concevable, qu'il a été réalisé dès 1833 par l'arrêt *Debast* précité, de la Chambre civile (v. *supra*, p. 121), et conçu dans le pays dont les institutions juridiques sont les plus proches des nôtres : la Belgique (158).

Le principe du *maintien de la question principale sous la compé-*

(157) De même Marcel Moye: « L'existence d'une question préjudicielle ne saurait déplacer la compétence, sauf le sursis à statuer jusqu'au règlement. » (Rev. Crit., 1907, Jurisp. adm., p. 7). Dans son *Traité* (t. I, p. 492), Laferrière envisage sans prévention la question préjudicielle.

(158) « Signalons pour la Belgique, écrivait Maurice Hauriou dans la 9e éd. de son *Précis* (1919, p. 15, note 1), un très intéressant projet de loi (*Projet de loi sur la responsabilité des autorités publiques*, Bruxelles, 1912), préparé par le conseil de législation sur le rapport de M. le professeur Nérinex, et qui, à propos de la responsabilité des administrations publiques, organise une cour permanente du contentieux administratif, devant laquelle la question de la responsabilité de la Puissance publique serait portée PAR UNE SORTE DE QUESTION PRÉJUDICIELLE, les tribunaux civils ne conservant *que l'évaluation de l'indemnité*. Bien évidemment, cette cour pourrait, par la suite et *par ce procédé très ingénieux de la question*

tence judiciaire étant ainsi acquis *sous la seule réserve de l'éventualité d'une question préjudicielle administrative*, il convient de préciser la mise en jeu de celle-ci.

ARTICLE 2. — LE JEU DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE ADMINISTRATIVE

Dans le présent article, nous déterminerons les *conditions de la mise en jeu* de la question préjudicielle administrative, pour en déduire, dans l'Article suivant, la *conclusion* rationnelle avec le *tempérament d'une solution transactionnelle.*

Nous avons admis que la question préjudicielle se poserait aux deux fins *d'interprétation* et *d'appréciation :* les deux formes de la « connaissance » juridictionnelle des « actes administratifs » visées par les lois de la séparation des pouvoirs.

En ce qui concerne la première, il nous suffira d'observer que la nécessité *d'interprétation* d'un acte administratif n'entraînera une nécessité d'interprétation administrative et, partant, une mise en jeu de la question préjudicielle administrative que sous deux réserves :

La première procède de *l'extension* de l'acte : en l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, seuls les actes administratifs individuels à l'exclusion des actes réglementaires requièrent l'interprétation administrative (159).

La seconde réserve procède de la théorie dite : « *de l'acte clair* », excluant la nécessité de l'interprétation administrative lorsque le sens de l'acte « ne fait aucun doute » (160).

S'agissant, maintenant, de la question infiniment plus fréquente et plus délicate de *l'appréciation*, nous ferons observer que, dans le premier paragraphe de la présente Section (*supra*, p. 312), nous avons associé au mot : « appréciation », non pas l'expression : « actes administratifs » comme nous l'avons fait pour le mot : « interprétation », mais l'expression plus générale : « activité administrative. » La raison en est que l'interprétation — juridique du

préjudicielle recevoir d'autres compétences... » — Après notre dépistage de « l'ingéniosité » de l'arrêt Manoury et de l'absorption du principal judiciaire par le préjudiciel administratif, on nous permettra de faire nos réserves sur la dernière phrase de cette citation.

(159) Cf. André Fliniaux, article précité, Mél. Hauriou, p. 306.

(160) Cf. la savante note de M. Louis Trotabas sous Cons. d'Et., 23 janv. 1931, *Dme X*, D. P. 1932.III.57. Pour l'historique de cette théorie, voir l'article précité de M. André Fliniaux dans les Mélanges Hauriou, p. 304, n. 2. Comme l'observe M. Trotabas, « question préjudicielle » implique « *question* ».

moins — ne peut porter que sur des expressions de volonté (161), tandis que l'appréciation peut porter : non seulement sur des actes de *décision*, mais aussi sur des actes de *pure exécution matérielle* : soit simples (*actes matériels*), *soit complexes* (*opérations matérielles*) (162).

Cela posé, nous devons ici nous reporter à la discrimination, à la différenciation des préjudices générateurs — et des régimes respectivement correspondants — de la responsabilité de l'Etat d'après notre analyse au § II de la Section II du précédent Chapitre (p. 248 et s.), savoir : *délictuels*, *obligationnels* (non contractuels) et (obligationnels) *contractuels*.

Nous considèrerons donc successivement *le jeu de la question préjudicielle d'appréciation administrative* dans chacun de ces trois régimes. Ensuite, viendra l'examen des cas de *pleine compétence judiciaire*, puis des cas de *pleine compétence administrative*.

N° 1. — Préjudice — et régime de responsabilité — délictuels

Ce cas est, selon notre précédente définition, celui des préjudices — et nous devons ajouter : de la multiple diversité des préjudices — causés, par l'activité (individualisée ou non) d'agents administratifs, à des administrés que ces préjudices n'atteignent : *ni* comme *usagers* d'un *service*, *ni* comme *tributaires* de l'exercice d'un *pouvoir*, en un mot : atteignent comme TIERS, comme ÉTRANGERS JURIDIQUES. Tels furent (cf. *supra*, p. 251) les préjudices causés à la jeune *Blanco*, au sieur *Feutry*, à la dame *Mélinette*, qui n'ont été atteints comme usagers *individuels :* ni du service des tabacs, ni du service des aliénés, ni du service de nettoiement. Tels sont, tous les jours, les préjudices causés par des animaux, des véhicules, ou des immeubles de l'Etat, à des personnes qui ne tirent pas de ces éléments des services habituels : soit à titre particulier, soit à titre général (*supra*, *ibid.*).

Cela posé, ou plutôt rappelé, nous nous reporterons aux développements de notre Introduction (Section V, § I, article 2, p. 60 et s.) (163) sur les conditions du jeu de la responsabilité du maître

(161) Soit unilatérale (décisions), soit bilatérale (conventions).

(162) Cf. le passage précité (*supra*, p. 153) des conclusions *Feutry* de M. le commiss. du gouv. TEISSIER : « La séparation des pouvoirs est faite pour enlever la connaissance des actes administratifs et le fonctionnement des services publics à l'autorité judiciaire ». Le « fonctionnement des services publics », c'est « l'activité administrative ».

(163) Les conclusions en ont été rappelées dans la note 70 de la p. 254, al., num. 2°.

du service en matière délictuelle. Nous nous y sommes attaché à établir que l'existence de l'obligation de réparation délictuelle du maître du service — autrement dit : la qualité de préjudice du fait dommageable délictuel incriminé — sont *absolument indépendantes de la correction ou de l'incorrection de ce fait*. Nous avons reconnu, en un mot, que la *responsabilité délictuelle dans le service* ne saurait être, en aucune manière, une *responsabilité de faute*, mais une responsabilité *sans faute*, plus exactement une simple « GARANTIE » de « FAIT ». Ainsi, en ce régime délictuel de la responsabilité, l'injustice qui confère au *dommage* la qualité de *préjudice* est purement *objective :* elle doit s'apprécier uniquement *a parte actoris patientis et* NON EN OUTRE *a parte rei agentis* (164). C'est dire que le jugement sur la qualité de préjudice du fait incriminé et, partant, sur la responsabilité de l'Etat ne saurait être, en cette conjoncture délictuelle, subordonné à une appréciation d'activité administrative — normalement du moins (165). *En matière de préjudice et de responsabilité délictuels, pas de mise en jeu de la question préjudicielle administrative* (166) sous la simple réserve qui vient d'être formulée.

(164) « *Injustice objective* », c'est-à-dire d'après IHERING : « lésion non coupable d'un droit », « appréciée, non d'après sa cause, mais (uniquement) d'après son effet, *non d'après des circonstances qui ont leur siège dans la personne de l'auteur*, mais uniquement au point de vue du lésé (IHERING, *De la faute en droit privé*, Trad. O. de Meulenaère, 1880, p. 7 et 10). D'une part, nous avons déjà observé (*supra*, p. 15, n. 18) qu'aucune des objections auxquelles nous a paru donner prise l'expression : « responsabilité objective » (Cf. *supra*, p. 24, n. 41-1°) ne se présente contre l'expression, à notre avis très heureuse : « injustice objective ». D'autre part, nous réservons pour le moment prochain (v. *infra*, p. 324, n. 175) où nous arriverons à « l'injustice subjective » l'explication de l'adverbe « uniquement ».

(165) A la vérité, la limitation de la responsabilité, même délictuelle, dont nous avons admis le principe en droit privé (*supra*, p. 64) peut consister notamment en la subordination du jeu de cette responsabilité à la condition de l'existence d'une faute de l'agent. Et cette observation nous a permis d'éliminer une prétendue « spécialité » de la responsabilité de l'Etat — mais nous n'en avons nullement déduit la légitimité de l'extension de cette condition à la responsabilité délictuelle de l'Etat, tout au contraire (v. *supra*, p. 222 et 223).

(166) Et, partant, pas la moindre place pour l'introduction de la compétence administrative au titre de la séparation des pouvoirs — ce qui se vérifie, d'ailleurs, facilement par la contre-épreuve suivante. En matière délictuelle, *le regard du juge est maintenu* EN DEHORS *du* domaine administratif puisqu'il doit se borner :

1° à reconnaître — *du dehors* du domaine administratif — l'existence du *préjudice* et de ses *caractères intrinsèques* requis pour comporter réparation ;

2° à reconnaître — *du dehors* — sa qualité de préjudice objectif, son *injustice* purement *objective ;*

3° à reconnaître — *du dehors* — l'existence d'une *relation de simple causalité* — efficiente ou occasionnelle (v. *supra*, n. 70 de la p. 254-2°) plus ou moins étroite.

N° 2. — Préjudice et régime de responsabilité obligationnels non contractuels

Ce cas est, on s'en souvient également, celui de la multiplicité, variée elle aussi, des préjudices causés par l'activité (individualisée ou non) d'agents administratifs à des administrés que ces préjudices atteignent : non plus comme *tiers*, comme *étrangers juridiques*, mais à l'un des trois titres suivants : soit comme USAGERS individuels (à titre : soit *particulier*, soit *général* — cf. *supra*, p. 250 et s.) *d'un service administratif* — soit comme « SUJETS », (comme TRIBUTAIRES), de l'exercice *d'un pouvoir* administratif.

I° *Défaut d'exécution d'un service administratif* à l'égard *d'un usager individuel à titre particulier* (cas de la « taxe ») : nous citerons l'exemple du service postal (167).

II° *Défaut d'exécution d'un service administratif à l'égard d'un usager individuel à titre général :* l'espèce classique est celle des travaux publics, d'autant que c'est, on le sait, à l'occasion d'un accident causé à un « usager » d'une voie publique par la chute d'un arbre que la distinction de « l'usager » et du « tiers » a été précisément dégagée (168). Autre illustration du même cas : refus de la force publique pour l'exécution d'un jugement (169).

III° *Excès d'exercice d'un pouvoir administratif* à l'égard d'un administré « sujet », tributaire : par un acte juridique (« *excès de* mais assez pour être jugée — selon l'appréciation de fait du juge (v. *supra*, p. 63, n. 153) — opérante entre ce fait et le préjudice ;
4° à déterminer — *du dehors* — après évaluation pécuniaire du préjudice et sur le seul examen du rôle tenu dans le drame par la victime — la juste mesure de la réparation devant être reconnue à la charge de l'Etat (cf. *supra*, p. 317).
Dans ces quatre opérations, le juge ne regarde que du côté du demandeur patient, *actoris patientis*. Tout se passe alors *à l'extérieur du domaine de l'activité administrative*, même dans l'examen de la causalité *sans examen de la culpabilité*. Alors, *pas l'ombre de pénétration du judiciaire dans l'administratif :* ÉVANOUISSEMENT TOTAL DE L'ARGUMENT POLITIQUE DE LA THÈSE ADMINISTRATIVE FONDÉ SUR LA SÉPARATION DES POUVOIRS. Une parfaite illustration de ces observations est fournie par l'arrêt précité du 25 janvier 1848, *Turck*, de la Cour de Colmar (*supra*, p. 120).

(167) Il convient d'observer que, si je suis blessé sur la voie publique par un camion postal qui s'est renversé par la faute du conducteur, et si une lettre recommandée dont je suis l'expéditeur se perd dans l'accident, la responsabilité administrative de l'Etat est *obligationnelle* pour la perte de ma lettre, mais *délictuelle* pour ma blessure.

(168) Cf. *supra* note 60 de la p. 252. Nous référant, d'ailleurs, au second alinéa de cette note, nous observerons encore, comme pour le service postal (v. note précédente), que mon préjudice et la responsabilité de l'Etat seront *obligationnels* ou *délictuels* selon que je recevrai l'arbre me trouvant sur la route ou en dehors.

(169) Cons. d'Et., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. 789.

pouvoir » proprement dit) ou par un acte matériel (« *abus de pouvoir* », selon la terminologie proposée par Léon Duguit, *Traité*, III, p. 768). Il nous paraît ici vraiment superflu de chercher des espèces de « l'excès » — comme de « l'abus » — de pouvoir.

Cela posé, nous reconnaîtrons que, dans chacune de ces trois conjonctures, la présence d'une faute, ou même d'une certaine gravité de faute administrative, *peut* — et non pas *doit* — selon l'espèce, constituer *une condition nécessaire à l'admission de la responsabilité de l'Etat*. La constatation du défaut d'exécution de l'obligation, ou de l'excès d'exercice du pouvoir, *l'appréciation* qu'elle implique *de l'activité administrative* AU REGARD DU DROIT A RÉPARATION DE L'ADMINISTRÉ n'impliquera pas nécessairement elle-même une appréciation — une critique — de l'activité administrative EN SOI : la seule appréciation intéressant le respect de l'autonomie administrative, et, partant, le principe de la séparation des pouvoirs. Une sonnerie civile de cloches (170), une interdiction de manifestation cultuelle, une interdiction de travaux confortatifs (171), une mesure disciplinaire ou coercitive de police quelconque (fermeture d'un établissement prétendu insalubre) (172), un refus d'alignement (173) ou de permis de conduire ou de chasser, un refus d'autorisation ou d'attestation quelconques (174), constituent, *même justifiés*, *des dommages* mais ils ne constituent des dommages *injustes*, c'est-à-dire *des préjudices* pouvant ouvrir un droit à réparation que s'ils sont *injustifiés* et dans la mesure où ils procèdent de fautes d'une certaine gravité (175). *Dans ce cas, l'autonomie administrative est en jeu, et sa mise en jeu entraîne celle de la question préjudicielle administrative.*

Par contre, un ordre de destruction par le feu d'un immeuble

(170) Cons. d'Et., 7 mars 1934, *Belloncle*, Gaz. Pal., 1934.I.

(171) Espèce type : Civ., 28 janv. 1902, *Epoux Fournier*, D. P. 1904.I.143.

(172) Affaire *Laumonnier-Carriol*, Tr. Confl., 5 mai 1877, D. P. 1878.III.13.

(173) Cf. Maurice HAURIOU, *Précis*, 5e éd., 1903, p. 248, n. 2.

(174) Cf. pour cette matière, la belle étude de M. Marc RÉGLADE : *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, R. Dr. Publ., 1925, p. 439, et le savant article de M. Louis DELBEZ, *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, R. Dr. Publ., 1932, p. 441 et s., 484.

(175) Dans ce cas, la qualité de *préjudice* du *dommage* n'est plus *uniquement objective* (cf. *supra*, p. 322, n. 164). Elle implique — EN PLUS DE la présence d'une « injustice objective », s'appréciant seulement *a parte patientis actoris*, d'après l'*effet* de l'acte nocif — la présence d'une « injustice subjective », c'est-à-dire : d'une « lésion *coupable du droit* », s'appréciant *a parte agentis rei*, d'après la *cause* de l'acte nocif, « *d'après des circonstances qui ont leur siège dans la personne de l'auteur* » (IHERING, cf. *supra*, *ibid.*).

contaminé (176), un refus de la force publique pour l'exécution d'un jugement (177) — *qu'ils soient, ou non, justifiés, peu importe* — constituent des préjudices pouvant ouvrir un droit à réparation *sans impliquer une critique de l'autorité administrative* (178). *Dans cette hypothèse, l'autonomie administrative n'est plus intéressée et la question préjudicielle administrative, sauvegarde de l'autonomie administrative, ne doit pas davantage être mise en jeu* (179).

Le point de savoir si, en une conjoncture donnée, la qualification de préjudice du dommage incriminé et, partant, la responsabilité obligationnelle de l'Etat doivent être, ou non, subordonnées à la présence d'une faute — ou, plus précisément, d'un certain degré de faute — administrative est une question dont la solution dérivera rationnellement de la nature de l'espèce, compte tenu des contingences sociales actuelles (180).

(176) Cons. d'Et., 24 déc. 1926, *Walther*, S. 1927.III.1. Le plaignant était le propriétaire d'un immeuble voisin, atteint par le feu.

(177) Cons. d'Et., 23 juin 1924, *Couitéas*, Rec. 789, précité.

(178) La même solution a été admise, jusqu'à l'arrêt précité Cons. d'Et., 20 mars 1926, *Grimaud* (cf. *supra*, p. 89), dans la matière des travaux publics, où la constatation du défaut d'exécution de l'obligation administrative de l'Etat n'était pas, en principe, subordonnée à une critique de l'activité administrative, à une recherche de faute administrative. Nous savons (*ibid.*) qu'il n'en est plus ainsi qu'à l'égard des *tiers*, c'est-à-dire en matière *délictuelle*, et non plus des *usagers*, c'est-à-dire en matière *obligationnelle*.

Nous ne saurions, d'ailleurs, trop rappeler que, contrairement à ce que semble impliquer, par exemple, l'avant-dernier alinéa de la Chronique précitée de M. Paul Esmein (D. H. 1934, p. 56 — v. *supra*, p. 20, n. 29), le défaut d'exécution d'une obligation — même comportant réparation — ne signifie pas nécessairement la présence d'une faute. *Violation d'obligation n'est pas synonyme de violation de « règle de conduite »* et la présence de la faute, qui peut être une *condition* de l'obligation de responsabilité du défaut d'exécution d'une obligation, n'en est jamais le *fondement* lequel réside en *l'existence même de l'obligation* (v. *supra*, p. 68 et s.; note 76 de la p. 259).

(179) Dans le cas où la qualification de préjudice du dommage incriminé et, partant, la responsabilité de l'Etat, n'apparaissent pas comme subordonnées à la présence d'une faute administrative, le respect de l'autonomie administrative, du prestige administratif, selon la conception constitutionnelle et traditionnelle de la séparation des pouvoirs, n'étant plus en cause, l'objection contre la compétence administrative tombe du plan *politique* sur le plan *technique*. Elle ressortit, dès lors, à la nouvelle conception de la « séparation des pouvoirs » dont l'examen doit faire l'objet du Chapitre suivant (v. *infra*, p. 354 et n. 77).

(180) Convenant pleinement, avec M. Achille Mestre (Bibliographie Dalloz, 1932, fascic. nos 3-4, p. 32), qu' « il faut se garder de cet impressionnisme qui ramène les problèmes juridiques à des questions d'espèce, et qui comporte, à vrai dire, une certaine abdication de l'esprit », nous croyons réduire ainsi, *de l'infini actuel* à sa mesure *minima*, l' « impressionnisme » en cette matière. Le problème est, en effet, décomposé et précisé en deux questions élémentaires très nettes, savoir :

1° L'existence du dommage prétendu implique-t-elle l'existence d'une *obligation*

N° 3. — Préjudice — et régime de responsabilité — contractuels

Nous croyons avoir (*supra*, p. 255 à 258) mis en relief le *pharisaïsme* de l'interdiction faite à l'administration, par la juridiction administrative, des clauses contractuelles *expressément* attributives de juridiction. Dès l'instant où ces clauses, auxquelles rien ne nous a vraiment paru s'opposer, seront admises *franchement* comme elles le sont *obliquement*, la question de compétence en matière de responsabilité contractuelle de l'Etat ne se posera plus (181), et, si quelqu'un le regrette, nous ne croyons pas que ce seront les justiciables...

N° 4. — Cas de pleine compétence judiciaire

I. Législation. — Il va de soi que, dans toutes les matières — nombreuses — où le législateur a refoulé l'exception : « séparation des pouvoirs » pour restituer à l'autorité judiciaire la pleine juridiction qui lui appartient en principe à l'égard de la matière responsabilité civile de l'Etat, la question préjudicielle administrative se trouve *ipso facto* écartée (182). Pour la période postérieure à l'arrêt *Blanco*, nous avons déjà dressé (*supra*, p. 205 et s.) le tableau de cette législation. Pour la période antérieure, on la trouvera plus loin (*infra*, p. 400) (183).

administrative — ou d'un *pouvoir* administratif — *de l'Etat*, intéressant individuellement le demandeur : soit comme *usager*, à titre particulier ou général, du dit service, soit comme *sujet*, comme *tributaire*, de l'exercice du dit pouvoir ?
2° Si oui, la qualification du préjudice prétendu et, partant, la responsabilité de l'Etat impliquent-elles, dans l'état actuel « des nécessités de la vie sociale » (J. Appleton, Note au D. P. 1930.III.50) l'existence d'une faute, ou plus précisément d'un certain degré de faute, administrative à la base : soit du défaut d'exécution, soit de l'excès d'exercice de pouvoir, *susceptibles d'ouvrir un droit à réparation pécuniaire ?*

(181) Si ce n'est dans le cas, très rare, d'une nécessité d'interprétation administrative, lorsque la compétence aura été stipulée judiciaire.

(182) Exploiterons-nous de même les véritables *capitulations* de la jurisprudence : Conseil d'Etat-Conflits, qui s'appellent : « théorie de la gestion du domaine privé », « théorie de la gestion privée », « théorie du personnel privé », « théorie de la voie de fait », « théorie des voies d'exécution » ? Nous n'en voyons pas la nécessité. En y laissant jouer, lorsqu'il y a lieu, la question préjudicielle administrative, *nous restituons à l'administration une prérogative légitime* dont une jurisprudence arbitraire l'a illogiquement dépouillée en ces matières, *et nous délivrons le justiciable d'un byzantinisme* tout en lui laissant la garantie de la compétence judiciaire au principal.

(183) On sait qu'en vertu de la jurisprudence de l'arrêt *Septfonds* (Tr. Confl., 16 juin 1923, S. 1923.III.49 : Note Hauriou précitée, N. A. H., I, p. 433, n. 1), « l'appréciation de validité » des actes, *mêmes règlementaires*, en matière *non répressive*, doit donner lieu à une *question préjudicielle administrative* (cf. A. Fli-

II. Théorie de « l'acte clair ». — Ici, encore, devra jouer, à notre avis, la théorie de « l'acte clair ». Si la présence d'une faute — ou même d'une certaine gravité de faute — administrative est *manifeste*, ce serait d'un formalisme excessif que d'en interdire la constatation *de plano* à l'autorité judiciaire. C'est ce qu'avait très bien reconnu, en une matière très voisine, l'avocat général Blanche (le premier responsable, pourtant, nous l'avons vu — *supra*, p. 150 — de la « captivité de Babylone ») dans sa célèbre formule parue dans le journal « *Le Droit* », du 24 janvier 1875 (D. P. 1876.I.289) : celle de la distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel » :

« Je laisserais à l'autorité judiciaire une certaine latitude dans l'examen des faits... je ne crois pas qu'elle doive surseoir à statuer par cela seul que l'agent prétendrait... Non : l'autorité judiciaire examinera s'il est *manifeste* que, *sans empiéter sur le domaine administratif, on peut reconnaître que...* »

N° 5. — Cas de pleine compétence administratfve

A — Autant nous avons pris en considération les lois de pleine compétence judiciaire, qui ramènent *à la normale*, autant nous sommes peu disposé à homologuer *de plano* les lois de pleine compétence administrative — et, ce disant, nous visons spécialement les dispositions de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII — qui, au contraire et selon les propres termes de l'arrêt *Rougier* du premier Tribunal des Conflits (v. *supra*, p. 127), constituent des « lois spéciales ». D'ailleurs, en ce qui concerne la matière des « travaux publics », la pleine compétence administrative est beaucoup moins réellement la conséquence de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII que de son incessante et insatiable « sollicitation » administrative et jurisprudentielle, à commencer par l'arrêt *Thomassin* (Tr. Confl., 3 avril 1850, D. P. 1850.III.33, v. *infra*, n. 211 de la p. 400). Alors que des maîtres du Droit administratif tels que Ducrocq (184) et M. H. Berthélemy (185) ont délibérément abandonné la compétence administrative en matière de travaux publics, nous ne voyons pas pourquoi nous la retiendrions. Nous le voyons d'autant moins que, dans son désir de pallier un grave inconvé-

niaux, *Le recours en appréc. de valid.*, Mél. Hauriou, p. 319). Ainsi le principe de la pleine compétence judiciaire posé à cet égard en matière répressive par l'art. 471-15° C. pénal — et d'ailleurs singulièrement compromis — ne jouera pas en matière de responsabilité civile de l'Etat. Nous n'y voyons aucun inconvénient.

(184) *Cours de Dr. adm.*, 7e éd., t. II, n° 420, p. 13.

(185) Rev. pénit., 1906, p. 535. — *Adde :* Proposition de la loi Bender, présentée à la Chambre des Députés le 26 mars 1925 (R. Dr. Publ., 1925, p. 291 et s.).

nient de la compétence administrative — savoir : la lenteur de la justice administrative (186) — le rédacteur du décret-loi précité du 5 mai 1934 (187) a, pour les personnes publiques autres que l'Etat, supprimé la distinction séculaire de compétence entre les dommages de travaux publics et les dommages de tous autres services publics (188). Là comme ailleurs, la question préjudicielle administrative nous apparaît comme la sauvegarde suffisante de la prérogative administrative (189).

B — Par contre, sauf en ce qui concerne les actions et les personnels relevant de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, nous ne voyons que des raisons de maintenir la plénitude de juridiction administrative à l'égard des agents de l'Etat qui lui réclament la réparation d'un préjudice se référant à la situation de relation juridique administrative dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis de lui.

ARTICLE 3. — CONCLUSION. — SOLUTION. — TRANSACTION

Nous sommes maintenant en mesure de conclure.

Pour *l'interprétation* d'un *acte* administratif, question préjudicielle administrative, mais sous la double réserve du caractère « individuel » et non « clair » de l'acte (190).

Pour *l'appréciation* de *l'activité* administrative :

1° En matière de *préjudice délictuel*, générateur de *responsabilité délictuelle* de l'Etat pas de mise en jeu — en principe du moins — de la question préjudicielle administrative d'appréciation.

2° En matière de *préjudice obligationnel non contractuel*, générateur de *responsabilité obligationnelle non contractuelle* de l'Etat, possibilité normale de mise en jeu de la question préjudicielle pour

(186) V. *infra* (Conclusion), p. 439.

(187) V. *supra*, p. 205, n. 170, et *infra*, p. 439, n. 11. — Cf. *Journ. Off.*, 6 mai, p. 4514.

(188) Le rédacteur du décret a omis d'indiquer comment il entend régler le cas où l'Etat se trouve impliqué dans une action en responsabilité en même temps qu'une autre personne administrative.

(189) De même en ce qui concerne les indemnités pour animaux abattus en cas d'épizootie (art. 21 de la loi du 21 juillet 1881, *supra*, p. 205).

(190) Ainsi, non seulement nous respectons l'attribution à la compétence administrative des trois contentieux : de *l'annulation*, de *l'appréciation de validité* et de *l'interprétation*, mais nous ne disjoignons même pas du contentieux de *pleine juridiction* lui-même tout le contentieux des *indemnités*. Ce n'est donc : ni la suppression de la juridiction administrative, ni même la réduction de son domaine au contentieux de l'annulation (cf. la magistrale notice de Maurice Hauriou sur la *distinction des contentieux*, *Précis*, 11e éd., p. 380, 381).

l'appréciation de la correction juridique ou matérielle de l'activité administrative dans le seul cas où la qualification du préjudice prétendu implique l'existence d'une incorrection — d'une faute — administrative (191), ou même, le cas échéant, d'une certaine gravité de faute administrative : soit de décision, soit d'exécution matérielle (192).

3° En matière de *préjudice contractuel* générateur de *responsabilité contractuelle* de l'Etat, possibilité de mise en jeu de la seule question préjudicielle d'interprétation administrative.

Le tout, sous réserve des cas ci-dessus spécifiés de pleine compétence : soit judiciaire, soit administrative (193).

Dès lors, une action en responsabilité civile est-elle formée contre l'Etat ? Trois cas peuvent se présenter.

PREMIER CAS. — *L'administration ne prétend pas que la responsabilité de l'Etat soit, en l'espèce, subordonnée à la condition nécessaire de la présence d'une faute administrative*, c'est-à-dire : d'un mode ou d'un défaut répréhensibles, encore que non personnels, d'activité administrative juridique ou matérielle.

Aucune « appréciation » de la correction juridique ou matérielle de l'activité administrative ; aucune question préjudicielle administrative, pleine compétence judiciaire.

DEUXIÈME CAS. — *L'administration, tout en soutenant la nécessité d'une faute ou même d'une certaine gravité de faute administrative, en reconnaît la présence.*

Confenti non fit injuria : fondée sur l'aveu administratif, l'appréciation judiciaire ne peut soulever aucune objection. Donc, ici encore, aucune question préjudicielle administrative, pleine compétence judiciaire.

TROISIÈME CAS. — *L'administration soutient, à la fois, la nécessité de la présence d'une faute ou d'une certaine gravité de faute administrative et l'absence de cette faute ou de ce degré de faute administrative.*

(191) A peine est-il besoin d'observer que cette « faute administrative » n'est pas la prétendue « faute objective » — qui : ou bien n'est pas une faute, ou bien, « faute de tout le monde », n'est « faute de personne » (v. *supra*, n. 25 de la p. 19). C'est, de la part d'agents administratifs, une manière ou une défaillance, non personnelles mais *répréhensibles*, d'activité administrative, en ce que ces agents AURAIENT PU ET DÛ SE COMPORTER AUTREMENT (v. *supra*, p. 20).

(192) V. *supra*, p. 324.

(193) Il convient d'observer que ce système de discriminations ne saurait constituer, pour le justiciable, une source d'incertitudes difficiles à résoudre, puisqu'il ne porte pas sur la juridiction à saisir du litige, mais sur la mise en jeu, par le juge, d'une simple question préjudicielle.

Par le seul fait de cette prétention administrative, une question préjudicielle administrative sera-t-elle automatiquement déclanchée ? Evidemment non. Elle ne le sera que si la prétendue nécessité de la condition d'une faute ou d'un certain degré de faute administrative est reconnue. Or, qui sera juge de ce point, de la nécessité de cette condition ? La solution de cette question dépend de la réponse à celle-ci : la question de savoir si, en présence d'un certain dommage imputé à un ou plusieurs agents — ou à un « service » — administratif, le droit à réparation du patient est subordonné à la présence d'une faute ou d'une certaine gravité de faute administrative implique-t-elle une appréciation d'activité administrative, une « connaissance » d'actes administratifs, un « trouble » d'opérations administratives ? Pour cette seconde question, c'est, de toute évidence, la résoudre par la *négative* et, du même coup, répondre à la première par la compétence *judiciaire*.

Ce point étant acquis, de deux choses l'une : ou bien le juge judiciaire écarte absolument la condition de la présence d'une faute quelle qu'elle soit, ou bien il retient la condition de la présence d'une faute — ou même d'une certaine gravité de faute — administrative. S'il écarte la condition, l'on retombe dans le premier cas : pleine compétence judiciaire. Si le juge judiciaire retient la condition de la présence d'une faute, même d'une certaine gravité de faute, c'est dans ce cas — dans ce seul cas, déjà bien *circonscrit* — que se posera la question préjudicielle de la vérification de la présence de cette faute et, éventuellement, de cette gravité de faute — et, encore, sous réserve (*supra*, p. 326 et s.) de la théorie de « l'acte clair » ou de la plénitude de juridiction.

Il appartiendra donc à l'administration, si elle le juge utile, de soulever, dès le seuil de l'instance, la question *préalable* de la subordination — en l'espèce — de la responsabilité de l'Etat à la présence d'une faute ou d'une certaine gravité de faute administrative. A l'égard du jugement d'avant-faire droit rendu sur ce point, les parties disposeront de toutes voies judiciaires de recours *sous le contrôle de la Cour de Cassation* (194). Si la décision définitive est

(194) Ainsi, nous ne laissons pas à l'administration en matière de responsabilité civile de l'Etat, nous ne laissons pas même pour la question préjudicielle administrative, *l'arme du conflit*. La nécessité, en effet, ne nous en apparaît pas. Ne se rappelle-t-on pas que le jeu de la garantie de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, prérogative administrative autrement plus sérieuse que celle de la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat, *était laissé à la discrétion de l'autorité judiciaire et sous la sauvegarde de la Cour Suprême?* Pour que la poursuite contre le fonctionnaire fût suspendue et que le plaignant fût obligé de demander au Conseil d'Etat l'autorisation de « mise en jugement », il

négative, le tribunal passera outre au jugement du fond. Si elle est affirmative, il devra, toujours sous le contrôle de la Cour de Cassation — et sous réserve, nous le répétons, des cas d'évidence manifeste ou de plénitude de juridiction — surseoir à statuer jusqu'à décision administrative sur la présence de la faute ou de la gravité de faute dont la condition a été reconnue nécessaire par le tribunal. A l'égard de cette décision administrative, la partie requérante disposera d'un recours devant le Conseil d'Etat.

Ainsi après avoir, dans la première Section du présent Chapitre, reconnu l'inexistence d'une responsabilité pécuniaire de l'administration envers l'administré et l'existence d'une responsabilité politique budgétaire, disciplinaire et morale de l'administration envers l'Etat, et en avoir déduit, contrairement à ce que nous appellerons : le paralogisme de la « paralysie administrative », l'inexistence du prétendu « trouble » matériel de *l'activité* administrative par la compétence judiciaire pour la responsabilité de l'Etat, nous avons ensuite reconnu l'existence *éventuelle* d'un « trouble » moral de *l'autonomie* administrative comportant, comme préservatif rationnel : non pas la compétence administrative intégrale, mais simplement le jeu, d'ailleurs *très circonscrit*, de la question préjudicielle administrative, sans l'inutile complication du conflit.

fallait, d'abord, que, *par l'autorité judiciaire et sous le seul contrôle de la Cour de Cassation*, le fonctionnaire fût reconnu « agent du gouvernement » et que son fait fût reconnu « relatif aux fonctions ». CORMENIN, lui-même, avait approuvé cette confiance faite à l'autorité judiciaire pour l'application correcte de la garantie : « L'intérêt du ministère public, l'inévitable nullité des procédures et, pardesssus tout, l'expérience des faits nous en répondent » (*Rapport de* 1828 *sur les conflits*, DALLOZ, J. G., t. 12, 1851, v° *Conflits*, p. 113, note, n° 62). Après plus d'un siècle écoulé, il est permis de considérer que, touchant le scrupuleux respect de la légalité de la Cour Suprême, voire même sa « crainte révérentielle » de la prérogative administrative, « l'expérience des faits », loin de se démentir, s'est, au contraire, confirmée. La Chambre Criminelle elle-même — dont la jurisprudence *Motsch* n'atteint, d'ailleurs, en aucune manière, la séparation des pouvoirs — a tenu à montrer que celle-ci pouvait être sauvegardée *sans la sanction du conflit*. On s'explique, par suite, difficilement que, traitant des poursuites criminelles contre les fonctionnaires, LAFERRIÈRE ait cru devoir soutenir, contre une jurisprudence et une doctrine écrasantes, cette thèse paradoxale que la question préjudicielle administrative ne doit pas jouer sans la sanction du conflit, interdit, comme on le sait, par l'art. 1er de l'ord. du 1er juin 1828. En matière criminelle, comme en matière correctionnelle — comme en la matière civile : responsabilité civile de l'Etat, ajouterons-nous et soulignerons-nous — *le respect du principe de la séparation des pouvoirs est assuré*, SANS COMME SOUS *la sanction du conflit, par le jeu de la question préjudicielle administrative.*

Il ne nous apparaît, dès lors, que des avantages à l'économie de cette complication du conflit, *autrement fâcheuse, soit dit en passant, que celle de la question préjudicielle pure et simple.*

Et, maintenant, nous ferons encore un pas de plus vers la thèse de la compétence administrative. A la fois pour amortir le choc de rupture avec le régime de fait actuellement installé en droit, et pour apaiser l'objection des inconvénients de la complication préjudicielle que l'on désire épargner au justiciable, nous acceptons très volontiers que l'administré demandeur en responsabilité de l'Etat jouisse, *tout comme le non commerçant agissant contre un commerçant à raison d'un acte de commerce de celui-ci* (195), d'une FACULTÉ D'OPTION entre deux compétences — et d'autant plus légitimement que, comme nous le verrons (cf. *infra*, Appendice, p. 416, n. 245), la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat est bien moins *ratione materiae*, comme elle est prétendue, que *intuitu personae publicae* (196). La compétence *administrative intégrale* serait *toujours* — et *en tout état de cause* — *facultative pour l'administré*.

Et l'événement jugera...

Or, nous savons déjà que

«... toujours poussée vers de nouveaux rivages »,

la thèse de la compétence administrative, par la voix d'un parti considérable de ses représentants, annonce une nouvelle découverte. Plus précisément, il s'agit de l'invention d'une nouvelle « séparation

(195) Cf. E. THALLER, *Tr. élém. de Dr. comm.*, 4e éd., 1910, n° 40, p. 33. — Après avoir observé que la référence à la matière commerciale est de Maurice HAURIOU lui-même (*Précis*, 11e éd., p. 943, n. 1 et cf. *infra*, p. 398) nous présenterons deux remarques. D'une part, la juridiction judiciaire donne, depuis 1896, à la victime d'un quasi-délit commis par un commerçant à l'occasion de son commerce, le choix entre la juridiction civile et la juridiction commerciale (Civ., 28 oct. 1896, D. P. 1897.I.583). D'une part, il est, au moins, *quatre cas* où l'existence d'une faculté d'option pour l'administré entre les compétences judiciaire et administrative a été admise. Le premier est celui du préjudice rapportable au domaine ou à la gestion privés (cf. 1° Tr. Confl., 24 mai 1884, *Linas:* « Considérant *qu'ainsi formulée*, la demande... »; 2° à propos de l'incendie de l'Opéra-Comique, note FÉRON sous Civ., 12 juin 1901, *Dessauer*, S. 1906.I.41). Le second cas est celui des accidents de personnes dans les travaux publics (Cf. 1° Cons. d'Et., 22 mai 1912, *Dame Augé-Chiquet*, Rec. 600, *infra*, p. 377; 2° note de M. Achille MESTRE sous l'arrêt *Somerville*, précité, *supra*, p. 183 et n. 110, de la Chambre civile). Le troisième cas est celui de la délimitation du domaine public (v. la même note de M. MESTRE, § 2). Le quatrième cas est celui de l'art. 2 de la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre.

(196) Aussi demandons-nous en retour *pour l'administration*, en matière *contractuelle*, *la faculté* d'insertion de la *clause formelle d'attribution de juridiction administrative* (cf. *supra*, p. 255 à 258; 326).

des pouvoirs », selon laquelle, non seulement l'administratif n'a plus rien à craindre du judiciaire, non seulement le justiciable administré n'a plus rien à craindre de la justice administrative, mais... c'est, tout au contraire, la justice judiciaire qu'il faut protéger contre ses propres imperfections... intellectuelles... et morales, et c'est contre elle qu'il faut protéger le justiciable !

On verra dans un instant si nous exagérons. Pour le moment, qu'il nous suffise d'observer que, d'un trait de plume, se trouve rayée du droit administratif la seule justification de la compétence administrative — d'ailleurs limitée ici à l'éventualité de la question préjudicielle administrative dont nous venons de reconnaître, en la circonscrivant, la nécessité pour la sauvegarde de l'autonomie, de la souveraineté, administrative. Certes, on ne saurait s'attendre à ce que cette nouvelle doctrine laissât le champ libre à la compétence *judiciaire :* elle ne dépose une barrière (cf. *supra*, p. 274) que pour en opposer une autre. Et voilà qui est parfait... à la condition que la nouvelle barrière tienne mieux que celle qu'elle remplace, à la condition que la vertu de ce que l'on nous permettra d'appeler : le « néo-séparatisme » se révèle — en notre matière, du moins — supérieure à celle de la traditionnelle « séparation des pouvoirs ». Sinon, *c'est un appui providentiel et décisif que nous apporte cette théorie contre la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat.*

C'est dans ces conditions qu'elle va se présenter tout naturellement à notre examen.

CHAPITRE III

3e BRANCHE. — L'ARGUMENT MIXTE: « NÉO-SÉPARATISME »

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE

Objet et division du présent Chapitre

Il est, comme on sait, deux manières de guillotiner : par la force et par la persuasion. En notre matière, la « force », c'est la constitutionnelle et traditionnelle « séparation des pouvoirs » administratif et judiciaire, c'est un geste de réaction autoritaire contre la compétence judiciaire vue comme une menace de lèse-souveraineté administrative. La « persuasion », c'est cette séparation des pouvoirs nouveau modèle « telle qu'elle est maintenant comprise » (1) par de savants auteurs auxquels une crainte est venue parce qu'ils se sont judicieusement rendu compte de l'affaiblissement de la « force ». La « persuasion », c'est une dispense bienveillamment accordée à l'autorité judiciaire de s'aventurer, au risque de se perdre, sur un terrain où elle serait mal à l'aise. *Il ne s'agit plus de sauvegarder l'indépendance de l'administration et, par surcroît, l'intérêt de l'Etat, réduit et rabaissé à celui du Trésor, mais de préserver la qualité de la justice et, par surcroît, la cause du justiciable : le système est retourné bout par bout.* Renversée de son piédestal « *l'autonomie de l'autorité administrative* » s'y voit remplacée par « *l'autonomie des théories administratives* ». De plus, et indépendamment même de la récusation du droit civil, le juge civil se voit lui-même récusé... pour lui-même (2). C'est en quoi

(1) P. Duez, *R. P. P.*, p. 185.

(2) « La règle de la compétence judiciaire ne peut pas être maintenue, observe M. Roger Bonnard, même si l'on admet... que l'article 1384 est applicable à l'admi-

l'argument est mixte et c'est pourquoi nous en avons réservé l'examen après celui de l'argument indirect de fond et celui de l'argument direct de compétence. Encore que cette nouveauté *se prive de l'appui de la loi* sans pouvoir se réclamer nettement de celui de la jurisprudence (3), la haute autorité de ses protagonistes, comme la séduisante habileté de son argumentation, en imposent la prise en considération. Nous consacrerons une première Section à l'historique et à l'exposé de la théorie, puis une seconde à sa discussion.

SECTION I

HISTORIQUE ET EXPOSÉ

Dans l'histoire de la conception de la « séparation des pouvoirs », le néo-séparatisme apparaît comme l'aboutissement — actuel — d'une évolution qui s'est réalisée en trois stades : *politique*, *mixte*, *technique*, que nous nous proposons ici de retracer successivement.

§ I. — **La séparation politique**

Certes, il serait difficile de soutenir qu'à l'origine et dans son principe, l'institution d'une juridiction administrative, signe et moyen de la « séparation des pouvoirs », eût été conçue comme un geste amical envers la juridiction — envers le « pouvoir » — judiciaire (4), pas plus que la compétence administrative comme une sur-garantie de la liberté individuelle. C'est au contraire, un lieu bien commun, une véritable banalité historique, qu'exprimait,, en 1841, CHAUVEAU, en cette affirmation :

« Le dogme politique de la séparation des pouvoirs n'a été posé avec tant d'énergie par l'Assemblée Constituante, que pour procurer au pouvoir exécutif une liberté complète d'action dans la direction administrative des intérêts généraux » (5).

nistration... cela à raison du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires tel qu'il est interprété... (Note *Motsch* précitée, *S.*, 1930.I.396, 3°).

(3) On sait que la jurisprudence administrative — Tribunal des Conflits compris — n'a cessé d'invoquer l'art. 13 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790, et, partant, l'argument du « trouble » de l'autorité administrative.

(4) Rien de plus instructif — et de plus édifiant — à cet égard, que le magistral article de M. Gaston JÈZE : *Les principes généraux du Droit administratif*, dans la Rev. Gén. d'Adm., 1904, I, p. 138 et s.

(5) *Principes de compétence et de juridiction administratives*, t. I, 1841, n° 412, p. 114.

— et qu'en 1857, Dufour reprenait en ces termes :

« On ne doit jamais perdre de vue que la juridiction administrative n'a trait qu'aux droits *et privilèges* conférés à *l'administration* » (6).

— et qu'en 1859, Cotelle confirmait par cet aveu plus catégorique encore :

« Le principe de la séparation entre la justice ordinaire et la justice administrative a été posé essentiellement *dans l'intérêt du gouvernement seul...* » (7).

Et que dire, d'ailleurs, des textes mêmes de 1790 et de l'an III ? que dire de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII ? que dire de l'institution même du conflit ?

Arrivant à l'arrêt *Blanco*, on peut se rendre compte que toute l'économie des conclusions David réside en cette donnée que la séparation des pouvoirs constitue une garantie de l'administratif contre le judiciaire, que « la pensée de la Constituante se révèle... par *l'interdiction* faite aux juges de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ». L'arrêt ne se place-t-il pas lui-même — aussi gratuitement que possible d'ailleurs (v. *supra*, p. 144) — sous l'invocation des lois de 1790 et de l'an III. Pour Laferrière, il n'est pas d'autre conception de la séparation des pouvoirs.

Et, même, dans la doctrine contemporaine, des maîtres dont l'autorité est difficilement récusable persistent à voir en la « séparation des pouvoirs » *...ce qu'elle est*. On en peut juger par les citations suivantes, entre autres :

I. — Léon Aucoc (8) : « Le jugement des contestations que peut faire naître le contact de l'intérêt public et de l'intérêt privé... a été réservé à l'autorité administrative pour que l'autorité administrative, agissant sous l'impulsion et le contrôle du pouvoir législatif, ne fût pas *entravée* dans son action par l'autorité judiciaire, qui est irresponsable. »

II. — Léon Michoud (9) : « Il faut, pour faire la distinction entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire, remonter au principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il est formulé par les lois des 16, 24 août 1790 et 16 fructidor an III. La pensée qui ressort de ces textes, c'est le désir d'empêcher les tribunaux *d'entraver* la marche de l'administration dans l'accomplissement des services publics. »

III. — Georges Teissier (10) : La séparation des pouvoirs est faite pour protéger l'administration. »

IV. — Félix Moreau : « La séparation des pouvoirs veut protéger la puissance publique sous la forme administrative... » (11).

(6) Dr. adm., t. VII, 1857, n° 308, p. 240.
(7) Cours de Dr. adm., 3e éd., t. II, 1859, n° 30, p. 19.
(8) *Conférences sur le Dr. adm.*, 3e éd., t. I, 1885, n° 214, p. 374.
(9) *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, t. II, n° 34, p. 29 ; n° 214, p. 374.
(10) Conclusions *Feutry* (*supra*, p. 153), N. A. H., I, p. 576.
(11) *Dr. adm.*, 1909, n° 713, p. 1084. Nous ne manquerons pas de souligner au

V. — R. Carré de Malberg (12) : « Si la juridiction administrative était exercée par les corps judiciaires, ceux-ci acquerraient, sur les administrateurs, une supériorité qui leur permettrait de les dominer pour des raisons politiques ; *le droit français a voulu empêcher cette domination.* »

VI. — Georges Renard (13) : « La juridiction administrative constitue un *privilège de juridiction de l'administration.* »

VII. — Léon Duguit (14) : « La séparation des fonctionnaires de l'ordre administratif et des fonctionnaires de l'ordre judiciaire se rattache au besoin de concilier *l'indépendance administrative* et les nécessités de l'action gouvernementale avec *les garanties auxquelles l'individu a légitimement droit* pour sa personne, sa liberté et ses biens. »

VIII. — M. Joseph-Barthélemy (15) : « L'idée qui est à la base de la juridiction administrative est donc incontestablement une préoccupation de *privilège au profit de l'administration.* »

IX. — Maurice Hauriou (16) : « En France, pour des raisons politiques, on a voulu *l'indépendance complète de l'administration* et du droit administratif vis-à-vis du droit commun, c'est-à-dire la séparation des pouvoirs. »

X. — M. Jean Appleton (17) : « Il est socialement souhaitable que le fonctionnement des services publics ne puisse en rien être *entravé* par les organes judiciaires... C'est le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. »

XI. — M. Larnaude : « La séparation des pouvoirs *protège l'administration* contre l'ingérence des tribunaux judiciaires » (18)... « La séparation des pouvoirs a été faite exclusivement contre *le pouvoir judiciaire* » (19).

Comment donc, « en un vil métal, l'or pur s'est-il changé » ? Comment cette conception séculaire de la « séparation des pouvoirs » a-t-elle pu subir la désaffection que nous avons annoncée ? A la faveur et par l'intermédiaire du système mixte et éclectique que voici.

§ II. — La séparation mixte

A la vérité, la jurisprudence du Conseil d'Etat immédiatement antérieure à l'arrêt *Blanco*, notamment l'arrêt *Rotschild*, renforçait nous l'avons vu (*supra*, p. 112 et s.) l'argument politique : indépen-

passage cette réduction de *l'administration* à une simple « *forme* » de la puissance publique avec laquelle nous l'avons vue (*supra*, p. 282) trop souvent confondue.

(12) *Théorie générale de l'Etat*, t. I, 1920, n° 259, p. 775.

(13) *Cours de Dr. publ.*, 1922, p. 61, 62.

(14) *Traité*, 3e éd., t. III, 1930, § 55, p. 32.

(15) *Le gouvernement de la France*, 1924, p. 198.

(16) *Précis de Dr. adm.*, 11e éd., p. 944. Nous noterons l'expression : « droit commun. » Cf. *infra*, p. 405.

(17) *Traité*, 1927, n° 7, p. 17.

(18) Revue Pénitentiaire, 1906, p. 671.

(19) Journal « *Le Temps* » du 8 août 1928 : *Enquête* « contre l'arbitraire législatif. »

dance administrative d'un argument de technique juridique : inapplicabilité du Code civil entraînant l'inaptitude technique du juge civil. Mais ce n'était là précisément qu'un renfort — et non un retournement — de la séparation des pouvoirs. C'est, croyons-nous, à David, précisément dans ses conclusions *Blanco*, que revient l'honneur de ce raffinement : présenter la proclamation de la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat *comme un service rendu à l'autorité judiciaire*. On la dispense de s'engager dans des « considérations qui lui échappent de leur nature ». On la tire d'un « véritable embarras (20) ». Quant à l'arrêt *Blanco*, nous avons vu (*supra*, p. 144 et s.) l'équivoque et pénible compromis qu'il constitue entre l'argument *politique* de l'autonomie administrative — *qu'il salue de son visa*, et l'argument *technique* de la spécialité juridique — *d'où il tire ses motifs*.

Ce dualisme a été consacré par d'éminentes adhésions, en tête desquelles s'inscrit celle du maître Hauriou qui explique « la séparation de la juridiction administrative et de la juridiction ordinaire » (21) par « des raisons d'ordre exclusivement juridiques valables dans tous les pays » et « des raisons d'ordre politique et constitutionnel dans un pays centralisé comme la France » (22). De même pour M. Rodolphe Dareste : « La compétence attribuée à la juridiction administrative se justifie non seulement au point de vue des principes (politiques), mais par de graves raisons de convenance et d'utilité pratique (technique) (23). M. le doyen Berthélemy, lui-même, après avoir présenté la séparation comme une simple « division du travail » (24), reconnaît, quinze lignes plus bas, que « seule elle peut sauvegarder l'autorité de l'administration et l'indépendance des juges ».

§ III. — **La séparation technique:** *néo-séparatisme*

Ainsi amorcé par le deuxième stade, apparaît le troisième. Après avoir été, dans sa conception originelle, *uniquement politique*, puis

(20) V. *supra*, p. 138. L'argument a été, peu après, repris par Aucoc (*Conférences*, 3e éd., t. I, p. 439) et par Artur (*Sép. des pouv. et sép. des fonct.*, R. Dr. Publ., 1902, I, p. 271) : « Les magistrats de l'ordre judiciaire n'ont pas suffisamment le sens des choses de l'administration. »

(21) Epithète dont nous ne manquons jamais de prendre acte : cf. *infra*, p. 407.

(22) *Précis de Dr. adm.*, 11e éd., p. 943.

(23) *La Justive administrative en France*, 2e éd., 1898, p. 669.

(24) *Traité élém. de Dr. adm.*, 11e éd., 1926, p. 21.

être devenue *politique et technique*, voici que la séparation des pouvoirs se découvre *non politique, mais technique*. Du signe de la *rivalité*, elle passe sous le signe de la *spécialité* : « Il est assez naturel, observait déjà Maurice Hauriou lui-même, qu'à un genre *spécial* d'affaires, corresponde un juge *spécial* qui, par son origine, présente des garanties *spéciales* de compétence (25) » Et Rodolphe Dareste : « Le principal avantage de la spécialité est de porter la valeur du juge à sa plus haute puissance (26). » Enfin, nous venons de voir M. H. Berthélemy reconnaître, avant tout, dans la séparation des pouvoirs une « division du travail », en l'espèce une « spécialisation des fonctions » (27). Pour l'éminent doyen, la juridiction administrative est essentiellement une juridiction « spéciale » (28). Mais, nous le répétons, pour ces auteurs eux-mêmes, la séparation des pouvoirs *conservait* une face *politique*.

Avec les néo-séparatistes, c'en est fini : la *séparation des pouvoirs* en tant que règle constitutionnelle née de la Constituante a vécu. Elle se réduit à une *séparation technique des fonctions*.

« Les tribunaux administratifs, déclare M. Gaston JÈZE, *sont faits pour appliquer les théories spéciales* du Droit administratif... (Cette conception) fait passer à des juges d'une compétence *technique* très sérieuse, plus sérieuse que celle des juges judiciaires, et d'une indépendance plus grande, les litiges soulevés par le fonctionnement des services publics » (29).

La règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire « telle qu'elle est *maintenant* interprétée » (30) autrement dit : le nouvel évangile séparatiste, tient en une page de M. Roger Bonnard (*Précis de Droit administratif*, 1926, p. 79) d'une analyse trop fine et trop lumineuse pour qu'il ne nous soit pas permis de la citer *in extenso* (c'est toujours nous qui soulignerons) :

« La raison d'être *primitive* de la séparation des autorités administratives et judiciaires *a disparu*. Elle se justifie *actuellement* d'une façon différente. C'est là un point important, car cela explique les variations qui se sont produites dans l'étendue de la compétence de la juridiction administrative. ,

Le fait de *soustraire* (31) la connaissance du contentieux administratif aux tri-

(25) *Précis*, 11e éd., 1927, p. 943, avec la très intéressante note 1, que nous retrouverons plus loin (*infra*, p. 398).

(26) *La justice administrative en France*, 2e éd., 1898, p. 669.

(27) *Traité élém.*, 11e éd., p. 21.

(28) *Ibid.*, p. 1068 et 1070.

(29) *Jurispr. adm.*, R. Dr. Publ., 1910, p. 250, 251.

(30) Paul DUEZ, R. P. P., p. 185.

(31) La vérité nous paraît sortir beaucoup plus de la plume de M. BONNARD présentant les cas de compétence *administrative* comme SOUSTRAITS à la compétence

bunaux judiciaires *ne* procède *plus* de cette *méfiance* que l'on eut tout d'abord à leur égard. La *crainte* de les voir *entraver* l'activité administrative s'est assez vite *dissipée*. Car, *bien loin* de continuer l'attitude *d'opposition* des anciens tribunaux, ils ont manifesté, de bonne heure, une *très grande réserve* vis-à-vis de *l'administration*. Et même, dans la suite, ils se montrèrent portés *à donner raison plutôt à l'administration qu'aux particuliers*. On constate actuellement que la jurisprudence de la *Cour de cassation* est souvent *moins libérale* pour les administrés que celle du *Conseil d'Etat*.

L'explication et la justification du maintien de *l'incompétence* des tribunaux judiciaires en matière administrative repose sur une question *d'inaptitude*. On considère que les tribunaux judiciaires sont *moins aptes* que les tribunaux administratifs pour juger les procès administratifs. *La division du travail* juridictionnel entre les deux juridictions assure une *meilleure justice*. Cela résulte des faits suivants.

Le jugement des procès administratifs suppose une *connaissance approfondie de l'organisation et du fonctionnement des services publics* ainsi que *des nécessités pratiques qui s'imposent à l'administration. Théoriquement*, il ne serait *pas impossible* que les tribunaux judiciaires *puissent l'acquérir*. Seulement, *en fait*, ils ne la possèdent pas parce qu'ils sont restés *longtemps écartés* des affaires administratives. Ils se trouvent ainsi *peu aptes* à juger en cette matière.

La jurisprudence des tribunaux judiciaires est entièrement dominée par le respect de la loi écrite. Etant en présence d'une législation écrite très complète et, de plus, codifiée, ces tribunaux ont pris l'habitude de *se laisser dominer par les textes* et de ne rien (?) décider en dehors d'eux. Or, la législation administrative est très différente à cet égard du droit privé. Elle n'est pas codifiée et contient de nombreuses lacunes sur des principes essentiels. Le juge administratif a dû suppléer à ces insuffisances et jouer souvent un rôle prétorien. A cet égard, encore, le juge judiciaire *se trouverait en état d'infériorité* s'il avait à juger le contentieux administratif.

Enfin, par sa situation, la juridiction administrative ne risquant pas d'être suspecte à l'administration, puisqu'elle s'y rattache dans une certaine mesure, est *plus à l'aise* pour donner satisfaction le cas échéant *aux intérêts des particuliers* et pour *condamner l'administration.* »

Plus brève, mais également digne d'être citée cette présentation, par M. Louis Rolland (32), du maintien de la règle de la séparation des pouvoirs après — et malgré — la disparition de son motif et de son sens originaires :

« La règle a donc subsisté parce qu'elle permet de confier des tâches distinctes à ceux qui sont le mieux préparés à les remplir, et d'assurer aux administrés les juges les meilleurs et les plus compétents dans tous les cas. Finalement, la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires *ne doit pas être considérée comme correspondant à une vérité fondamentale, à une sorte de dogme de la science* POLITIQUE. C'est une *règle de conduite* PRATIQUE, introduite pour des *raisons de fait* spéciales à la France, maintenue pour *d'autres raisons de fait* spéciales à la France, et qu'il serait *probablement* plus nuisible qu'utile pour notre pays d'abandonner... *Il est sage* de ne pas soumettre aux tribunaux judiciaires des litiges exigeant la connaissance du droit administratif et des *nécessités de la vie administrative*. Cette connaissance, les tribunaux judiciaires ne la possèdent pas. Ils seraient portés, *soit à outrer les prérogatives de l'Administration, soit à les négliger par ignorance ou parti pris*. Le juge administratif, *judiciaire*, que sous la plume de DAVID enregistrant, au contraire, les cas de compétence *judiciaire* comme des RETRAITS de la compétence *administrative* (Conclus. Renaux, Tr. Confl., 31 juill. 1875, D. P. 1876.III.45).

(32) *Précis de Dr. adm.*, p. 39, p. 205. — *Adde :* JOSEPH-BARTHÉLEMY et Paul DUEZ, *Traité élém. de Dr. const.*, 1926, p. 670.

nistratif connaît le droit administratif. A raison de son recrutement, il peut comprendre les faits, les saisir dans leur réalité et leur complexité. Sa décision en acquiert l'autorité nécessaire pour amener à s'incliner une administration naturellement portée à abuser de ses prérogatives. »

Pour aller au fond des choses — et des mots — il faut remarquer que le terme « compétence » (33) s'entend en deux acceptions : l'une spécialement *juridique*, et l'autre *vulgaire*.

Au sens spécialement *juridique*, la « compétence » est un *pouvoir* à base de *prérogative*. Au sens vulgaire, la « compétence » n'est qu'une *possibilité* à base de *savoir*. Le principe du « néo-séparatisme » consiste à passer — à sauter — de la première acception à la seconde, pour écarter la compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative — ou prétendue telle.

Dans la conception originaire, traditionnelle et constitutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs, l'interdiction faite à l'autorité juridique de troubler l'administration par la connaissance de ses actes constituait un *refus* de *pouvoir*. Dans la conception nouvelle et doctrinale, cette interdiction devient une *négation* de *savoir*.

Ainsi ce n'est plus un pouvoir qu'on refuse à l'autorité judiciaire : c'est un savoir qu'on lui dénie. Et ce n'est même plus seulement *le savoir*, mais *le caractère*. Le double obstacle qu'oppose M. Duguit à la compétence des magistrats judiciaires c'est « leur ignorance et leur pusillanimité » (!) qui n'ont d'égales que « la haute indépendance et la sereine impartialité des membres du Conseil d'Etat » (34). Et M. Jèze n'est pas moins catégorique :

« Il faut bien tenir compte de ce fait, écrit le savant professeur, qu'en France les tribunaux judiciaires ont un *faible prestige*, qu'ils *craignent de déplaire au gouvernement* » (35).

Si, dans ces déclarations, nous déduisons qu'en passant du signe de la *rivalité* sous celui de la *spécialité*, la séparation des pouvoirs est aussi passée du signe de la *crainte* sous le signe du *mépris* à l'endroit de la juridiction judiciaire, on reconnaîtra que nous n'exagérons pas.

Il ne suffit pas, d'ailleurs, de déprécier la juridiction judiciaire au point de vue abstrait de la qualité *de la justice*. Il importe enco-

(33) Absolument, d'ailleurs, comme le terme « capacité », comme les termes « habileté », « qualité », etc

(34) *Transformations du Droit public*, 1913, p. 168. Cf. *supra*, p. 200.

(35) *La présidence du Tribunal des Conflits*, R. Dr. Publ., 1908, p. 272.

re de relever la juridiction administrative de sa propre disqualification séculaire — et motivée — au regard *du justiciable* (36). Or, il n'est de meilleure défense que l'apologie, et, frapper les esprits, c'est déjà les gagner. A la rigidité, au rigorisme — prétendus — de la juridiction judiciaire, on n'hésite donc pas à opposer le libéralisme, voire les libéralités — également prétendus — de la juridiction administrative.

A la vérité, cette tactique dont on a déjà reconnu la mise en œuvre dans les passages précités notamment de MM. Roger Bonnard et Louis Rolland (*supra*, p. 339 et s.), ne constitue pas une nouveauté et n'est pas particulière au néo-séparatisme. Elle n'est que l'exploitation de la formule ancienne et classique de Maurice Hauriou :

« La juridiction administrative est assez juridiction pour constater exactement la règle juridique désirable ; elle est assez *administrative pour en faire la concession à titre de juridiction d'équité* » (37).

Dès l'instant, en effet, *que l'autorité ne dispose plus de la force contre la liberté, elle s'oriente naturellement*, nous l'avons dès l'abord observé, *vers la persuasion*. Seulement, *cet intérêt prétendu du justiciable* qui, pour la doctrine constitutionnelle, forte au moins des textes légaux, n'était qu'un argument — précisément — confortatif, une fiche de consolation offerte au justiciable, devient, dans le néo-séparatisme, système purement doctrinal et procédant au contraire de la prétendue caducité des textes, la seconde face de la construction dont nous venons de reconnaître la première en *l'intérêt également prétendu de la justice*. Quelques nouvelles citations permettront d'en juger :

1 — M. Roger Bonnard : (Pour mémoire : 2e et dernier alinéas du passage précité, *supra*, p. 339 et s.).

II. — M. Gaston Jèze (Suite du passage également précité, *supra* p. 341 et n. 435) :

« Dans ces conditions, les plaideurs n'ont-ils pas intérêt à plaider devant un tribunal, lointain sans doute, mais qui, lui, *ne craint pas* de condamner *l'admi-*

(36) On n'a pas oublié l'aveu du « père du Droit administratif » : « *Elever le conflit, c'est briser les portes des tribunaux et arracher les citoyens d'un asile* » (Cf. *supra*, p. 310-1).

(37) Dernière référence : *Précis*, 11e éd., note 2 de la p. 943, consacrée au développement de cette proposition. *Adde :* Georges Teissier, *Resp. Puiss. publ.*, n° 90 ; Félix Moreau, *Dr. adm.*, 1909, n° 79, p. 85 ; Georges Renard, *Notions très somm. de Droit public*, 1920, p. 50 et 72 ; H. Barthélemy. « Le Conseil d'Etat est plus large dans ses allocations que les tribunaux civils » (Rev. Pénit., 1906, p. 501) ; J. Appleton, *Traité*, 1927, p. 439 et 449.

nistration à payer (?) des dommages-intérêts, plutôt que les tribunaux judiciaires, plus rapprochés, mais qui, traditionnellement, ont toujours montré une plus grande répugnance à condamner l'administration, PAR CRAINTE D'ÊTRE ACCUSÉS DE TROUBLER les opérations des corps administratifs. »

III. — M. Léon DUGUIT (38) : « Les tribunaux judiciaires, même les plus hauts, sont encore frappés de cette *crainte superstitieuse* que, pendant longtemps, l'administration a inspirée aux Français... Qu'on ne s'étonne pas, après cela, que les justiciables aient peu de confiance dans les juges judiciaires... et que tout leur espoir aille au Conseil d'Etat qui, dans maintes circonstances, a su, bien mieux que la Cour de Cassation, protéger l'individu contre l'arbitraire. »

IV. — JOSEPH-BARTHÉLEMY (39) : « Le Conseil d'Etat est le grand protecteur contre l'administration des droits, de la propriété, de la liberté des individus... Le Conseil d'Etat est débordé... la véritable raison en est dans la confiance croissante des citoyens dans la justice ferme de notre grand tribunal administratif et dans cette conviction réfléchie que le Conseil d'Etat est le meilleur juge contre l'Etat. »

V. — M. Paul DUEZ (40) : « Souligner la hardiesse de la jurisprudence administrative par comparaison à celle des tribunaux judiciaires est devenu une sorte de lieu commun : les droits individuels en particulier sont mieux protégés par le Conseil d'Etat que par la Cour de Cassation qui *craint* toujours d'empiéter sur les attributions de l'administration. »

VI. — De cette apologétique de la juridiction administrative que nous annoncions il y a un instant (p. 342), apparaît une véritable compilation dans l'article aussi savant qu'élégant — en tous sens — de M. le professeur James W. GARNER, de l'Université d'Illinois : *La conception anglo-américaine du Droit administratif*, dans les Mélanges Hauriou (p. 335 à 385). Dans cette étude magistrale, l'auteur s'est, en effet, donné mission de réfuter, mieux : d'anéantir, le jugement radical formulé par le professeur DICEY sur les tribunaux administratifs français, savoir :

« Tribunaux de fonctionnaires à tendances gouvernementales (dont les juges sont) influencés par des sympathies bureaucratiques et portés à considérer les intérêts de l'Etat ou du gouvernement comme plus importants que le strict respect du droit des individus... plus enclins à représenter l'opinion administrative qu'aucun des tribunaux anglais » (*loc. cit.*, p. 354).

En toute probité scientifique, nous ne croyons pouvoir nous dispenser de citer, de la réplique de M. James W. GARNER, au moins les extraits suivants :

(38) *Transf. du Dr. Publ.*, p. 168, suite du passage cité *supra*, p. 341, n. 34 et p. 200.

(39) *Le gouvernement de la France*, 1924, p. 199 et 208, 209.

(40) *Le contrôle jurid. de la constitut. des lois en France*, Mélanges Hauriou, p. 245. ADDE, du même auteur dans l'article : *Théorie de la gestion privée*, R. Crit., 1923-1924, p 353 : « Le Conseil d'Etat a suffisamment fait ses preuves de libéralisme à l'égard des administrés et d'indépendance à l'égard de l'administration pour que les plaideurs n'aient pas à le craindre. »

PAGES 357, 358 : « Quiconque est familier avec la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, *spécialement* (!) pendant les vingt-cinq dernières années, sait bien que leurs décisions ont été plus libérales, plus généralement fondées sur des considérations d'équité, que celles de la Cour de Cassation, plus progressives aussi, particulièrement par l'invention de moyens de protection des simples particuliers contre l'action illégale et arbitraire des autorités administratives.

« Le Conseil d'Etat en est venu, en fait, à être considéré par les Français comme le principal gardien et protecteur des droits et libertés du peuple contre une administration plus ou moins bureaucratique et fortement centralisée. Et il est bien connu, que, chaque fois (?) qu'un individu, dans ses conflits avec l'Etat, a le choix de la juridiction, il portera son action devant le Conseil d'Etat plutôt que devant un tribunal judiciaire... » (41).

PAGES 359, 360, 362 : « On en est ainsi venu à admettre que le droit administratif, après avoir été, à l'origine, un système juridique dont le but principal était la protection de l'administration contre l'intervention et le contrôle des tribunaux judiciaires, a été développé par les tribunaux administratifs et transformé en un système jurisprudentiel ayant pour but de protéger les particuliers contre les actes arbitraires ou illégaux des autorités administratives et d'assurer, à ceux qui auraient souffert des dommages par suite de ces actes, la juste réparation à laquelle ils ont droit. Comme résultat de ce développement libéral, on peut maintenant affirmer avec confiance que le simple citoyen jouit aujourd'hui, en France, d'une protection plus étendue contre l'arbitraire ou l'illégalité de la conduite administrative, qu'il est plus certain d'obtenir réparation des dommages soufferts par lui du fait de cette conduite, et de les obtenir plus rapidement et avec moins de frais, que le sujet britannique ou le citoyen américain. De cet état de choses admirable et de la jurisprudence par laquelle il fut réalisé, M. Dicey ne paraît pas avoir eu connaissance, ou, en tout cas, il semble n'avoir pas voulu en tenir compte... En Angleterre et en Amérique, *c'est un principe juridique général* que l'Etat n'est pas responsable des dommages causés par ses (?) délits ou ceux de ses agents et qu'il ne peut être actionné sans son consentement exprès par les particuliers qui ont subi un dommage par suite de ces délits. »

PAGE 375 : « La doctrine de la responsabilité de l'Etat en France a été, comme on le sait, constamment étendue par l'interprétation libérale du Conseil d'Etat, alors qu'en Angleterre et aux Etats-Unis, les lois votées par le Parlement afin d'imposer à l'Etat une responsabilité limitée ont été en général interprétées restrictivement et dans certains cas (par exemple le *Tucker Act* de 1887) à peu près réduites à néant » (42).

(41) Dans les notes des pages 357, 358, l'auteur cite... ses propres auteurs : HAURIOU, DUGUIT, BONNARD, dont nous connaissons déjà les formules (cf. *supra*, p. 341 et s.) ; DUQUESNEL, *Jurisprudence comparée du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation*, 1912, p. 152, 3 ; COUZINET, *Etude sur la resp. des group. adm.*, 1911, p. 277 ; IDOUX, *La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation quant aux points qui leur sont communs*, 1908, p. 11, 44. Enfin, d'après une documentation empruntée à la R. du Dr. Publ., il observe que, pour 3.113 affaires jugées par le Conseil d'Etat en 1902, on en relève, le 15 août 1917, 7.125 inscrites à son rôle.

(42) Nous retrouvons ici, dans ces dernières citations, le grand argument de la rigueur, pour l'administré, du régime anglo-saxon : Cf. note de M. Raphaël ALIBERT sous l'arrêt *Dame Mélinette* (*supra*, p. 184, n. 112). Ajoutons que cette même objection contre la compétence judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat avait déjà, en 1906, fait l'objet d'un exposé magistral — autant que véhément — de M. LARNAUDE à la séance du 25 avril 1906 de la Soc. gén. des prisons, R. Pénit., p. 657 et s.

VII. — Parce que, dans notre critique de l'arrêt *Blanco*, nous avons fait particulièrement état de la sévérité du jugement porté sur cette décision par M. H. Berthélemy (43), notre scrupule, encore, nous interdit de clore notre florilège du « libéralisme » de la juridiction administrative sans relever, dans la dernière édition du *Traité élémentaire de Droit administratif* de l'éminent doyen (13e édition, 1933), l'apparition, en finale de la note 1 de la page 101 (jusqu'alors réduite à un alinéa), d'un *second* alinéa ainsi conçu :

« Je critique la formule de l'arrêt *Blanco* en invoquant la logique (44). J'accepte au contraire, avec satisfaction, les conséquences qu'on en a tirées tout en constatant qu'elles contredisent le principe énoncé C'est grâce à cette solution jurisprudentielle que la responsabilité administrative est en effet devenue générale et absolue (?). Loin d'atténuer la responsabilité « suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits des particuliers », le Conseil a utilisé les pouvoirs élargis qu'on lui a reconnus pour admettre la responsabilité de l'Etat dans des hypothèses où les juridictions judiciaires ne l'auraient pas acceptée. En fait, on ne peut que se louer de cette évolution » (45).

Au total, conçue par le législateur constitutionnel comme une protection du pouvoir administratif contre les entreprises du pouvoir judiciaire, la séparation des pouvoirs ne serait plus qu'une protection de la justice contre la carence du pouvoir judiciaire, une protection du justiciable administré contre l'administration grâce à la justice administrative.

« O fortunatos administratos....! »

(43) V. *supra*, p. 142 et 204.

(44) La *logique* dans le *droit*, gratuitement confondue avec la *rabies scolastica*, jouit actuellement d'une assez mauvaise presse, et il sera loisible à ses contempteurs de prendre texte de cette déclaration si hautement autorisée sur l'arrêt *Blanco*. Nous leur demandons la permission de les renvoyer à ces définitions du Cardinal MERCIER dans son ouvrage classique : *La Logique*, 1909, p. 27 : « *La logique*, dont l'équivalent latin serait *la rationnelle* »... p. 58 : « La logique est l'ensemble des *règles directrices de l'activité intellectuelle* »... p. 59 : « La logique est l'étude *réfléchie* de *l'ordre à mettre dans les matériaux de la pensée* pour former des jugements, des raisonnements, des constructions d'ensemble, qui mènent à la connaissance de la vérité. » Bannir la logique du droit, c'est donc en exclure, simplement, la raison : *recta ratio*. « On se fait tuer pour ses croyances, a écrit M. Georges RENARD (*Le Droit, l'Ordre et la Raison*, 1925, p. 164) et non pas pour le carré de l'hypoténuse. » Sans doute, ajouterons-nous, mais c'est que le carré de l'hypoténuse n'en a pas besoin : il se défend fort bien tout seul. Et notre conclusion sur ce point sera empruntée à Léon DUGUIT (*Traité*, III, 1930, p. 506) : « La logique (c'est-à-dire, pour nous : la raison) finit toujours par avoir raison. » ...La conséquence pour l'arrêt *Blanco*, que la logique condamne, s'en déduit d'elle-même.

(45) Nous devons également à la vérité de reconnaître que cet additif n'est qu'une reprise de la position déjà adoptée par le savant auteur dans son article faisant écho à celui de M. James W. GARNER et intitulé : *Comparaison des principse du Dr. adm. français aux pratiques adm. des pays anglo-saxons*, Rev. Crit., 1931, p. 59.

Il nous reste à examiner la valeur objective de cette double proposition.

SECTION II

EXAMEN CRITIQUE

Tout d'abord nous rappellerons — une fois de plus — que le néo-séparatisme *part d'un abandon* : il renonce à la séparation des pouvoirs en tant que garantie de l'autonomie administrative qu'il ne voit plus menacée — au contraire — par l'éventualité d'une ingérence judiciaire. A cette proposition, on comprendra que nous n'ayons à répondre que deux mots : *dont acte*.

Et puis, nous aborderons la partie *positive* du système, laquelle est, nous venons de le voir, double : intérêt *de la justice*, intérêt *du particulier justiciable*. A première vue, la concordance systématique de ces deux « intérêts » n'est pas évidente. Admettons-la, cependant, et voyons les deux points.

§ I. — L'intérêt prétendu de la justice : la spécialisation du juge administratif

Nous considèrerons d'abord l'argument *en soi*, puis dans *son application à notre matière : la responsabilité de l'Etat*.

ARTICLE 1. — L'ARGUMENT JUGÉ EN SOI

Pour ce qui est de « l'intérêt de la justice » résultant de la spécialisation technique des juges, nous nous garderons bien de le contester, mais ce sera sous la condition de quatre réserves.

I. — Notre première réserve — et l'on verra bientôt la raison du prix que nous y attachons — est que *l'avantage de la spécialisation du juge se mesure à la réalité du caractère spécial de la matière à juger*.

II. — Notre deuxième réserve est que, quelle que soit la séduction de *la technique*, il faut se garder de la confondre avec *la justice*, sous peine de les ridiculiser l'une et l'autre. Nous ne sommes

pas le premier à sonner l'alarme contre la « technocratie ». O technique ! que de crimes en ton nom contre la raison (46).

III. — Notre troisième réserve réside en cette question : en quoi la nécessité d'une *spécialisation* du juge entraînerait-elle celle de son appartenance *à l'ordre administratif ?* N'est-ce pas M. Roger Bonnard lui-même qui, dans l'antépénultième alinéa de notre précédente citation (*supra*, p. 340), reconnaît la possibilité « théorique » de l'acquisition, par les tribunaux judiciaires, des connaissances administratives nécessaires au « jugement des procès administratifs ». A la vérité, le savant auteur considère que, « en fait », ils ne la possèdent pas, étant « restés longtemps écartés des affaires administratives ». Dès lors, la question se transforme en celle de savoir quelle raison — sinon une mésestime affichée (sur laquelle nous allons revenir) des magistrats judiciaires — s'opposerait à cette acquisition de connaissances pour les juges judiciaires plus que... *pour les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation.* Certes, lorsqu'il s'agissait *de la sauvegarde du pouvoir administratif*, cette considération ne pouvait jouer, mais dès qu'il s'agit : non plus *de la prérogative de dire* le droit, mais seulement *de l'aptitude à connaître* le droit, il faudrait nous dire en quoi l'intelligence d'un juge est organiquement moins ouverte que celle d'un avocat (47). A plus forte raison, l'objection tombe-t-elle lorsqu'il s'agit d'une matière : la responsabilité de l'Etat, qui, nous essayerons de le démontrer à l'article suivant ne présente pas une spécialité réelle commé (nous le reconnaissons, au contraire, très volontiers) celle du recours en annulation. En tout état de cause, ne perçoit-on pas la précarité d'une telle argumentation de pur fait, et, *plutôt que de soustraire le justiciable à ses juges naturels parce que ceux-ci ne sont pas formés, la solution rationnelle ne consisterait-elle pas.... à les former ?*

(46) « Technique pure... bonne à tout faire... je ne me résigne pas, déclarait le maître éminent de la philosophie du Droit, Georges RENARD, au métier dont se contentaient les légistes. » (*La théorie de l'Institution*, I, 1930, p. 415, n. 3). Une juridiction spéciale éprouve une tendance naturelle à se constituer, *par l'ésotérisme de sa jurisprudence*, à la fois *une raison d'être*, *un prestige* et *un rempart*. On n'a pas oublié, par exemple (v. *supra*, n. 59 de la p. 161) les justes critiques portées par M. Gaston JÈZE contre l'ésotérisme impressionnant de la théorie de la « gestion privée » et les théoriciens de « *tour d'ivoire* ».

(47) « Dans nos cabinets d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, déclarait M. le sénateur BOIVIN-CHAMPEAUX, en séance du Sénat du 15 déc. 1931 (J. O. du 16, p. 1.590, col. 2), nous nous trouvons en quelque sorte au carrefour des deux procédures administrative et judiciaire. » Pourquoi ce carrefour serait-il

IV. — Notre quatrième réserve, enfin, consistera, nous venons de l'annoncer en la question — « question préalable » — de savoir si la simple *elegantia juris — et jurisconsultorum* — autorise, alors même qu'ils seraient fondés — et comment l'admettre ? — des jugements aussi sévères que ceux que nous venons de rapporter (p. 341) sur un corps de serviteurs de la Nation pour la Justice, respectables et respectés entre tous pour leur science et leur conscience : le corps des magistrats de l'ordre judiciaire.

Et, d'abord, est-ce vraiment une « infériorité », une tare, pour une juridiction *de l'Etat*, d'être « dominée par le respect *de la loi écrite* » (48), c'est-à-dire : de « *la volonté* INITIALE *de l'Etat* » (49) ? Puis, quant à prétendre que la juridiction judiciaire est « dominée par les textes au point de ne *rien* décider en dehors d'eux » (50), c'est faire assez bon marché, par exemple, de la création de ce qu'on a pu très justement appeler « l'obligation *prétorienne* » (51) *judiciaire* « de sécurité », d'abord dans les transports de personnes, puis en maintes autres matières (52). Et ce n'est pas moins sous-estimer la hardiesse de la jurisprudence judiciaire de l'arrêt de cassation *Bessières*, SUIVI PAR l'arrêt du Conseil d'Etat « *Travailleurs français* », et de l'arrêt de cassation *Jeand'heur*, NON ENCORE ATTEINT PAR la jurisprudence administrative (53). Et encore, c'est une question de savoir s'il suffit à la juridiction administrative appliquant un « texte » *de n'en point accuser la référence* (54) *pour*

inaccessible aux magistrats — judiciaires comme administratifs ? — Et qui plaide devant les conseils de préfecture ?

(48) Roger BONNARD, passage précité, *supra*, p. 340.

(49) R. CARRÉ DE MALBERG, *Contr. à la théorie gén. de l'Etat*, t. I, 1920, n° 255, p. 765 ; t. II, 1922, n° 290, p. 56 ; n° 401, p. 388. ADDE : *ibid.*, t. I, n° 160, p. 482 : « *La protection des citoyens* consiste aujourd'hui en ce que l'autorité administrative (laquelle comprend, par définition, la juridiction administrative) ne peut en principe rien leur ordonner ni leur interdire *qu'en exécution des lois* », et n° 160, p. 485 : « La différence essentielle entre ces deux activités (législative et administrative) est une différence HIÉRARCHIQUE, qui tient à la supériorité de la loi, d'une part, et, d'autre part, à la *subordination de l'administration vis-à-vis de la loi.* »

(50) Roger BONNARD, passage cité, *supra*, p. 340.

(51) Cf. André BRUN, thèse précitée, p. 207, 301, 369 et L. JOSSERAND, Chronique au D. H. 1932, page 4.

(52) Cf. H. et L. MAZEAUD, R. C. I, p. 141 et s. ; H. LALOU, Chronique au D. H. 1931, p. 37 à 43 ; G. CAMERLYNCK, *De la resp. contract. en mat. d'accid. de pers.*, R. Crit., 1931, p. 93 et s.

(53) V. *supra*, notre note 99 de la p. 266 (1° et 6°). Mais v. *infra*, ADD., p. 482.

(54) « En réalité, il n'y a pas exception au principe (de la non application du droit privé) parce que, *si le Conseil d'Etat applique la règle de responsabilité contenue dans l'art.* 1384 *C. civ., il n'invoque pas expressément ce texte* à l'appui

ne point subir sa « domination ». Et, enfin, n'est-il pas étrange qu'après avoir, pendant plus d'un siècle, opposé aux tribunaux judiciaires que l'administration craint d'être entravée par eux, on leur objecte, maintenant, *qu'ils craignent — eux — de la contrarier*. Le loup reprochait bien à l'agneau de lui « troubler » son eau, mais, cela fait, il n'allait tout de même pas jusqu'à lui faire grief... *de craindre de la troubler !* On n'a pas oublié (v. *supra*, p. 310-I), l'appréciation de Cormenin sur le conflit : si, depuis un siècle, l'administration et sa juridiction se sont améliorées, comme on se plaît à l'affirmer, en quoi la juridiction judiciaire aurait-elle — elle — démérité ? Que l'inamovibilité ne soit pas suffisante pour la réalisation idéale de l'indépendance, dès lors que la nomination comme l'avancement sont aux mains de l'exécutif (55), et que l'amovibilité ne soit pas davantage synonyme de dépendance, nous ne refusons pas d'en convenir. Mais n'est-ce pas friser le paradoxe que de prétendre comme Artur (56), et Aucoc à qui il se réfère, que l'indépendance des amovibles est plus réelle que celle des inamovibles ? D'autre part, il ne semble pas interdit de présumer que la réforme édictée par le décret du 20 février 1934 et instituant, pour la nomination des magistrats du siège « le procédé de la présentation », ne sera pas inopérante — ni d'espérer qu'on ne tardera pas à « s'engager plus avant dans cette voie » (57).

de sa décision. » (Roger Bonnard, Note *Garcin*, précitée et v. *supra*, p. 234, n° XIV).

(55) « En dépit de l'inamovibilité, le gouvernement, promoteur du pouvoir judiciaire *tient les juges dans sa main si ceux-ci n'ont point renoncé à tout avancement*. Mais le Gouvernement est lui-même, dans une large mesure, dans la main du Parlement. » (Paul Duez, *Le contrôle jurid. de la constit. des lois en France*, Mélanges Hauriou, p. 245).

(56) Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, R. Dr. Publ., 1900, t. I, p. 482 et 495. Inutile d'ajouter que, dans l'article précité (*supra*, p. 343 et s.) de M. James W. Garner, ce point de « l'apologétique » n'est pas négligé. C'est même, nous l'avons vu, le véritable mobile de cette étude, dont le point de départ est la sévérité du jugement porté sur les juges administratifs et leurs « tendances gouvernementales » par Dicey. Parmi les arguments développés par M. James W. Garner pour établir l'indépendance des juges administratifs, celui-ci nous paraît digne d'être cité (note 1 de la p. 355) : « J'ai reçu, de membres distingués du Conseil d'Etat, l'assurance qu'il n'y a rien de fondé dans l'opinion anglaise ou américaine que les conseillers d'Etat ne sont pas entièrement indépendants dans l'exercice de leur fonction de juges. »

(57) Les expressions entre guillemets sont empruntées au Rapport même du Garde des Sceaux au Président de la République... Dans un article magistral : *Séparation de la Justice et de la Potilique* (« *Le Temps* » du 23 avr. 1934), M. Joseph-Barthélemy conclut à la *cooptation judiciaire intégrale*. Le 28 mai 1934, le Congrès national de la magistrature à Lyon revendiquait l'indépendance

N'est-ce pas, pour en terminer sur ce point, M. Jèze lui-même qui est arrivé à cette conclusion — plus juste et plus heureuse, à notre avis, que son jugement précité (*supra*, p. 341, 342) :

« *Aujourd'hui les tribuanux, quels qu'ils soient : Tribunal des Conflits, Conseil d'Etat, Tribunaux judiciaires, n'ont qu'un souci, qu'une préoccupation :* ASSURER LE RESPECT DE LA LOI » (58).

ARTICLE 2. — L'ARGUMENT JUGÉ DANS SON APPLICATION A LA MATIÈRE : RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT

Lorsque nous nous sommes, il y a un instant (*supra*, p. 346), rallié aux mérites de la spécialisation, la première réserve que nous avons stipulée est celle de l'existence réelle d'une spécialité. Or, peut-on considérer que la réparation d'un préjudice causé à un particulier par le fait d'agents administratifs de l'Etat « implique la mise en œuvre d'une théorie spéciale autonome propre au droit public » (59), réclamant, dans l'intérêt de la bonne justice, la spécialisation du juge ? Avec cette question, nous retombons sur ce que nous avons appelé : *l'argument indirect de fond*, l'argument technique, de l'exclusion *du juge civil* commandée par l'exclusion *du droit civil* (60). Nous nous sommes attaché à la réfutation de cet argument, quant à son principe, dans le Chapitre que nous lui avons consacré et nous aurons encore lieu de revenir par la suite sur cette question (61). Néanmoins, la prétendue « spécialité autonome » de la théorie de la responsabilité de l'Etat apparaissant dans l'application, comme la résultante d'un ensemble de théories élémentaires, il ne nous paraît pas superflu de procéder ici à une revue rapide de ces « spécialités » composantes. En voici donc, sauf omission, l'examen successif.

statutaire de la magistrature — même debout, base de l'indépendance morale. Rendant compte de cet évènement, l'éditorial du journal « *Le Temps* » du 29 mai concluait à l'instante nécessité d'une « restauration du *pouvoir judiciaire* ». La théorie « des deux pouvoirs » (cf. *supra*, n. 107 de la p. 303) n'aura pas vu les faits se prononcer pour elle... même pas dans les projets déposés en janv. 1935.

(58) R. Dr. Publ., 1908, p. 530.

(59) Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 185, 186.

(60) Cf. *supra*, chapitre I du présent Titre, p. 219 et s.

(61) Cf. *infra*, p. 411 et s.

N° 1. — Le fondement : « égalité de répartition des charges publiques » (Renvoi)

Nous avons déjà reconnu et discuté (cf. *supra*, p. 81 et s.) ce procédé — précisément fondamental — de différenciation de la responsabilité civile de l'Etat par rapport à la responsabilité civile du droit commun. Il nous suffira donc, en renvoyant à ce développement, d'en rappeler la conclusion, à savoir que : en présence du préjudice causé par un agent au service de la personne publique — comme de toute personne — et même *a fortiori* en raison de la puissance de la personne publique — l'obligation de réparation de ce préjudice ne procède nullement *de la nécessité d'un équilibre distributif entre la masse des victimes éventuelles de tels préjudices, mais bien de la nécessité d'un équilibre commutatif,* RESTITUTIF, d'une « NÉCESSITÉ COMPENSATOIRE » (62) *entre* DEUX *personnes :* la personne — publique comme privée — GARANTE de l'agent à son service, et la victime.

Si le principe de l'égalité de répartition intervient pour des charges *autres que les dépenses publiques* (ravages des forces naturelles, dommages de guerre), parce que, sous le nom de « solidarité », il peut seul justifier la réparation qui, dès lors, *n'apparaît que comme sa conséquence*, inversement, en matière de préjudices *causés par les agents administratifs de l'Etat, le point de départ* est, comme nous venons de le rappeler, la nécessité compensatoire, c'est-à-dire la nécessité de *réparation*, moyen idéal précisément d'assurer une égalité de *répartition*, qui n'est alors *qu'un point d'arrivée*.

Le prétendu fondement de la responsabilité civile de l'Etat sur « l'égalité de répartition des charges publiques » ne sert pas seulement à conférer à cette responsabilité un caractère spécifiquement public dont nous croyons avoir fait justice, il concourt, en outre, à la justification de deux des caractères, de deux des conditions spécifiques de pertinence du préjudice générateur de responsabilité de l'Etat, selon la jurisprudence et la doctrine administratives (v. *supra*, note 151 de la p. 317), savoir : *la spécialité* et la *matérialité*, deux points qui se présenteront plus loin à notre examen (v. *infra*, p. 362 et p. 379).

(62) Cf. *supra*, p. 109 à 112.

N° 2. — La dualité des régimes de la responsabilité « extra-contractuelle » de l'Etat envers les « tiers » et les « usagers »

Nous avons déjà relevé (cf. *supra*, p. 249 et n. 66), dans les ouvrages récents sur la responsabilité civile de l'Etat, les expressions : « en dehors du contrat » (63), « extra-contractuelle » (64).

« Les juristes du droit privé, explique M. Paul DUEZ (*R. P. P.*, Introd., p. IX), opposent, à la responsabilité contractuelle, la responsabilité délictuelle (et quasi-délictuelle) (65). Nous employons l'expression plus large de *responsabilité extra-contractuelle* parce que la simple responsabilité délictuelle n'épuise pas tous les cas que nous devons examiner : il existe une responsabilité de la puissance publique EN DEHORS DU CONTRAT ET DU DÉLIT (ou quasi-délit) » (66).

Que « les juristes du droit privé opposent, à la responsabilité contractuelle, la responsabilité délictuelle », c'est ce que nous avons nous-même reconnu — et regretté (67). Une des deux raisons principales (68) de notre Introduction a été, précisément, la critique de cette distinction entre le « *délictuel* » et le « *contractuel* » et son remplacement par la distinction entre le « *délictuel* » et l' « *obligationnel* » — soit contractuel, soit non contractuel. Qu' « il existe une responsabilité en dehors du contrat et du délit », c'est ce que nous croyons avoir établi, et non seulement pour la Puissance publique, mais pour tout sujet de droit — privé comme public — savoir : LA RESPONSABILITÉ OBLIGATIONNELLE NON CONTRACTUELLE. De même après avoir reconnu, en l' « usager » du service public administratif, un créancier d'une obligation administrative non contractuelle de l'Etat (69), nous avons identifié la distinction *entre*

(63) Paul DUEZ, *Responsabilité de la Puissance publique* « EN DEHORS DU CONTRAT ».

(64) Paul DUEZ, *R. P. P.*, Introd., p. IX ; Jean APPLETON, *Traité*, n° 218, p. 401.

(65) V. la note suivante.

(66) En admettant même que la distinction entre le « délit » et le « quasi-délit » présente une valeur — et un intérêt — quand il s'agit de la responsabilité *d'une personne individuelle physique* pour son *propre* fait, elle ne se conçoit *en aucune manière* à l'égard *d'une personne collective morale*. Dès l'instant que la responsabilité procède d'un préjudice ne procédant pas lui-même du défaut d'exécution d'une obligation, elle ne prête à aucune distinction. Nous avons adopté pour cette conjoncture le terme générique « délictuel ». Nous accepterions tel autre qui pourrait être jugé préférable. Cf. *infra*, p. 249, n. 64.

(67) Cf. *supra*, p. 248.

(68) On sait que l'autre a été la mise en relief de la vraie nature de la *responsabilité sans faute : garantie*. Cf. *supra*, p. 263 et n. 88 ; n. 95-1 de la p. 265.

(69) Et encore sous réserve de la controverse sur le caractère — contractuel ou

la responsabilité envers « tiers » et la responsabilité envers « usager » avec la distinction *entre la responsabilité « délictuelle » et la responsabilité « obligationnelle non contractuelle »* pouvant incomber, nous le répétons, à une personne quelconque — privée comme publique. Et ainsi avons-nous opéré ce que nous avons appelé (*supra*, p. 263) : *la réintégration de la responsabilité obligationnelle non délictuelle de l'Etat dans le giron du droit civil, du droit commun* (70). Ainsi disparaît ce que l'annotateur P.-L. J. de l'arrêt : Cons. d'Et., 24 juillet 1931, *Commune de Vic-Fezensac*, au D. P. 1931.III.52 — décision apparemment inspirée des conclusions Rivet de l'arrêt *Grimaud* (*supra*, p. 325, n. 178) — appelle *in fine* un « caractère propre des solutions du Droit administratif » (71).

N° 3. — L'élargissement de la responsabilité extra-contractuelle (La « faute objective »)

Un premier mode de l'élargissement de la responsabilité délictuelle de l'Etat consisterait en ce « trait original » (72) de la « faute du service public » prenant un « caractère anonyme et objectif » qui dispenserait la victime « d'établir la faute d'un agent déterminé » (73). Nous avons reconnu (*supra*, p. 217 et s.) la méprise de cette prétendue « originalité » de la théorie administrative de la responsabilité de l'Etat.

Une autre « spécialité » de la théorie administrative dans le même sens nous était apparue (*supra*, p. 172) dans les conclusions *Dame Mélinette* de M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat. Tout à l'heure, c'est à la mise en cause d'agents déterminés que l'article 1384 était prétendu subordonner la responsabilité du maître du service ; maintenant, c'est à une « présomption de

non — de la situation de « l'usager » à titre particulier (Cf. *supra*, p. 242, n. 51 et 250).

(70) Rappelons l'existence, en droit civil : et de la responsabilité *obligationnelle légale* des accidents du travail et de la responsabilité *obligationnelle prétorienne judiciaire de sécurité* (Cf. *supra*, p. 348).

(71) La distinction profonde et rationnelle : *préjudice et responsabilité délictuels — préjudice et responsabilité obligationnels* — saisit le préjudice et la responsabilité en leur *substance* même et non pas seulement en leurs *modes accidentels* comme la division tripartite : *commission — omission — retard*, et la division bipartite : *illégalité — négligences, erreurs, omissions, retards* — qui ont, d'ailleurs, leur utilité (cf. Paul Duez, *R. P. P.*, p. 15 à 33).

(72) Paul Duez, *R. P. P.*, p. 13.

(73) Paul Duez, *R. P. P.*, p. 13.

faute » *du maître du service lui-même* (74). Nous avons vu (*supra*, p. 172, 173 et n. 89) non seulement combien cette déformation du régime actuel de l'article 1384 est gratuite, mais même que c'est, tout au contraire, la théorie administrative qui, en s'attachant à n'admettre, en cas de faute personnelle, la responsabilité de l'Etat qu'en présence *d'une faute de service concomitante et ayant concouru, avec cette faute personnelle, à la production du préjudice*, subordonne alors la responsabilité du maître du service à une faute sinon de lui-même (Etat) du moins à lui imputable (75).

Il semble, dans ces conditions, difficile de retenir cette double « spécialité » (76).

N° 4. — L'appréciation des contingences circonstantielles — autres que la faute (77) — de service

Nous venons de voir — de rappeler (*supra*, p. 352 et s.) — que l'existence d'une responsabilité obligationnelle distincte de la responsabilité délictuelle ne saurait être considérée comme spéciale à l'Etat. Mais reste, pour l'une comme pour l'autre, la question de leur appréciation : principe et mesure, de ce que nous avons appelé (*supra*, p. 324) : « l'appréciation d'un mode d'activité administrative non EN SOI, mais, *au regard du droit à réparation pécuniaire de l'administré* ». Question de fait dont la solution sera fonction d'une multitude d'éléments, notamment de ceux qui sont dégagés par M. Paul Duez en vue de la détermination du « degré de gravité que doit présenter la faute pour engendrer la responsabilité de la Puissance publique » (*R. P. P.*, p. 23 à 33), savoir : « la nature

(74) Conclus. *Dme Mélinette*, R. Dr. Publ., 1933, p. 431. — Même conception — périmée — du régime judiciaire de l'art. 1384 sous la plume de M. Paul DUEZ : *R. P. P.*, p. 169.

(75) Cf. *supra*, note 99 de la p. 266, 6°.

(76) Ici, encore, la maison (administrative) est singulièrement divisée, puisque M. H. BERTHÉLEMY considère, au contraire — et beaucoup plus justement à notre avis — *le rejet de l'art.* 1384 comme *préjudiciable à l'administré* demandeur en responsabilité (*Traité élém.*, 3e éd., p. 82).

(77) La question — politique et morale — de l'appréciation *de la faute* a été traitée dans la Section II du précédent Chapitre (*supra*, p. 312 et s.), en réservant (*supra*, n. 179 de la p. 325) la question *juridique* et *technique* que nous abordons précisément ici, où il ne s'agit pas de savoir si l'administration *aurait pu et dû se comporter autrement*, mais uniquement de savoir, *cette question étant supposée indifférente ou résolue administrativement*, si la manière dont l'administration s'est, en l'occurrence, comportée doit être considérée comme génératrice d'un droit à réparation pécuniaire pour l'administré (v. *supra*, p. 324).

de l'illégalité, les circonstances de temps, les circonstances de lieu, les charges et les ressources du service public pour faire face à ses obligations, la nature du service public auteur du dommage ». De même, dans ses conclusions *Dame Mélinette* (R. Dr. Publ., 1933, p. 434), M. le commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat observe que, « pour apprécier la responsabilité de l'Etat, il faudra tenir compte des règles propres à chaque administration, de ses besoins, de ses moyens d'action, de l'importance des intérêts généraux dont elle assume la gestion ». En un mot, il faudra connaître, comme l'observent encore dans les passages précités, M. Paul Duez (*supra*, p. 340) : « les nécessités pratiques qui s'imposent à l'administration » — et de M. Louis Rolland (*supra, ibid.*) : « les nécessités de la vie administrative ». Nous voici ainsi ramené ...aux termes mêmes de l'arrêt *Rothschild* (*supra*, p. 111) : « la responsabilité de l'Etat n'est ni générale, ni absolue, elle se modifie selon la nature et les nécessités de chaque service », formule ayant inspiré, nous l'avons vu, les conclusions David (v. *supra*, p. 138) et se retrouvant dans l'arrêt *Blanco* (v. *supra*, p. 141).

Or, sans revenir sur la discussion que nous avons déjà présentée (*supra*, p. 222 et s.) : et *du principe même de ce jeu de nuances, et de sa prétendue spécificité publique*, nous observerons (78) que, dès la question *morale* d'autonomie, de prestige, de susceptibilité, écartée, la question *de pure technicité administrative*, qui subsiste seule, n'exige en aucune manière un juge administratif. Mieux : elle n'exige même pas plus la spécialisation technique du juge que ne l'exigent, en matière civile, des litiges d'ordre littéraire, scientifique, artistique, médical, sportif, et d'une manière générale relevant d'une technicité quelconque. En ces sortes d'affaires, les « connaissances » proprement nécessaires à la solution du litige sont fournies au tribunal : et par les parties, et par les experts professionnels. ON NE DEMANDE AU JUGE QUE... DU JUGEMENT.

« Il est mauvais, objecte Maurice Hauriou, qu'un juge commette un expert qu'il soit incapable de contrôler» (79). Or, d'abord, à ce compte, il faudrait autant de spécialités de juridictions que de spécialités professionnelles. Et puis, parmi les spécialités techniques, n'est-ce pas une des moins spéciales et une des moins techniques que cette appréciation de l'activité administrative au regard

(78) Comme nous l'avions fait (*supra*, p. 347) touchant l'existence d'un Ordre unique d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation.

(79) *Précis*, 11e éd., p. 6.

du droit de cet « administré » *que son nom même désigne* comme *un « usager » administratif constant* — du berceau à la tombe — et, partant, *comme un familier des choses administratives ?* Et paraîtra-t-il téméraire d'avancer qu'il ne sera pas interdit à un juge — même judiciaire — de posséder « des clartés » administratives un peu plus développées que celles d'un administré quelconque — et même, nous le répétons, *que celle d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation ?* Et, enfin, n'est-ce pas ici particulièrement le lieu de rappeler (v. *supra*, p. 238) qu'il s'agit : non pas d'obligations de l'administration — mais d'obligations administratives DE L'ETAT — ENVERS L'ADMINISTRÉ, d'obligations commandées, selon l'expression même de M. Jean Appleton (80), par les « usages et nécessités de la vie SOCIALE, le progrès SCIENTIFIQUE et le progrès des MŒURS ». Autant d'éléments dont la connaissance ne saurait constituer *le monopole de la juridiction administrative*. La réparation du défaut d'exécution d'obligations administratives *de l'Etat envers l'administré* est *une condition de paix sociale par la sécurité des droits individuels :* dès lors, elle ne saurait être tenue pour étrangère à l'autorité judiciaire (81), pas plus que la réparation du préjudice délictuel.

N° 5. — La distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel » et le « non-cumul » des actions en responsabilité

Autant les prétendus élargissements de la responsabilité délictuelle de l'Etat (*supra*, p. 353, N° 3) sont contestables, autant l'est peu le rétrécissement que voici.

Une très grande — sinon la plus grande — habileté de la thèse administrative a été *le montage de la distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel »* — qui n'était pas pour cela — *en un mécanisme de réduction de la responsabilité de l'Etat au cas du « fait de service »*, autrement dit : *l'exploitation de cette distinction* (82)

(80) Note au D. P. 1930.III.50.

(81) D'autant moins étrangère qu'on proposera — comme il est arrivé — de la rattacher à une théorie aussi civiliste que celle de la « confiance légitime » (Note de M. Ch. ROUSSEAU sous Cons. d'Et., 16 mai 1930, *Lussagnat*, S. 1930.III.74, col. 1). D'autant moins étrangère aussi que, dans un grand nombre — on peut dire dans la majorité des cas — la constatation de ce défaut d'exécution *revêtira une évidence* qui la rendra justiciable de la théorie de « l'acte clair » (v. *supra*, p. 327).

(82) Opportunément combinée avec la théorie « organiciste » (v. *supra*, p. 76 et s. ; 93 et s.).

au profit d'une théorie de « non-cumul » *de l'action en responsabilité contre l'agent auteur d'un fait* « *personnel* », *et de l'action en responsabilité contre l'Etat à raison du dit fait* « *personnel* ».

Que ce soit là une des « théories spéciales, autonomes » du Droit administratif EN CE SENS qu'elle est actuellement EXCLUE de l'application jurisprudentielle constante de l'article 1384 du Code civil, c'est un point qui ne saurait prêter à discussion. D'une part, en effet, pour la responsabilité *délictuelle*, quelle que soit la nature du fait nocif de l'agent du service, si ce fait N'A PU, cependant, être accompli QUE GRACE A *l'existence du* service, *aux moyens et aux instruments procurés par le* service, *au contact établi par le* service *entre l'agent et le patient*, on sait que, selon l'interprétation *judiciaire* constante de l'article 1384, *la responsabilité du maître du service est mise en jeu* pour cette simple raison que le service a constitué : soit *par son fonctionnement*, soit *par sa seule existence*, UNE CONDITION *du préjudice* (83). D'autre part, pour la responsabilité *obligationnelle* (en particulier : *contractuelle*), on n'a pas oublié notre insistance à faire ressortir (*supra*, p. 70, n. 181 et 259, n. 76) L'ABSOLUE INDIFFÉRENCE *de la nature du fait* de l'agent du service au regard de la responsabilité du maître du service procédant du défaut d'exécution — par le dit fait — d'une obligation du maître. Or, pour l'une comme pour l'autre responsabilités, *la jurisprudence du Conseil d'Etat*, appuyée de parti docilement pris par *la presque unanimité de la doctrine* (84) a posé le principe — LE « DOGME » (85) — DE LA MISE HORS DE CAUSE DE L'ETAT : en quoi consiste, proprement, la théorie du « NON-CUMUL » des actions en responsabilité (86).

Mais que ce soit là une « théorie spéciale autonome » du Droit administratif EN CE SENS (87) qu'elle serait ÉTRANGÈRE — ET INACCESSIBLE — au Droit civil et à ses interprètes, c'est ce qui ne nous paraît pas présenter le même degré de certitude — et en voici nos raisons.

(83) V. notre Introduction, *supra*, p. 62.

(84) Pour les références, v. *infra*, p. 374, n. 141.

(85) Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 154.

(86) Pour la jurisprudence administrative du « non-cumul », v. *infra*, p. 374, n. 139. — Il n'est pas sans intérêt d'observer — de rappeler — à l'appui de notre observation sur le caractère *plus impératif* encore du « cumul » en Droit civil pour la responsabilité contractuelle, que le Conseil d'Etat a pratiqué, par une décision de « cumul » (12 février 1909, *Cie comm. de colonn. du Congo fr.*, Rec. 153), la première brèche à son mur du « non-cumul ».

(87) Le seul sens qui nous intéresse comme touchant l'aptitude intellectuelle, technique, du juge judiciaire à connaître de la responsabilité de l'Etat, ici seule en discussion.

D'abord, *la prétendue spécificité publique de la distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel » de l'agent de service* N'EXISTE PAS.

Qu'est-ce, en effet, que le « fait de service » ? C'est celui dans l'accomplissement duquel l'agent, tout en s'écartant *des ordres* du maître du service , s'en écarte assez peu pour pouvoir être considéré comme ne cessant pas d'agir POUR LE COMPTE du maître du service — *privé* comme *public*. Qu'est-ce que le « fait personnel » ? C'est l'acte accompli par l'agent (v. *supra*, p. 101) non plus POUR LE COMPTE DU MAÎTRE DU SERVICE mais POUR SON COMPTE — donc A SON COMPTE — PERSONNEL. En un mot, la distinction est une *question de compte* se posant en service *privé* comme en service *public* (88).

Mais encore, pourra-t-on nous objecter, il demeure que le Droit civil n'a pas tiré, de cette distinction, les mêmes conséquences que le Droit administratif... En est-on bien sûr ? Et de quelles conséquences parle-t-on ? Car, avant tout, il faut s'entendre et ne pas oublier que c'est *de deux manières*, c'est dans deux directions, que le Droit administratif a exploité la distinction entre le fait de service et le fait personnel.

Considère-t-on l'application de cette distinction *à l'égard de l'agent de service ?* Le Droit civil, à la vérité, n'en tire pas la même conséquence (immunisation absolue de l'agent pour fait de service) que le Droit administratif. L'agent en effet ne peut se soustraire à l'article 1382 qui est absolu — *lex non distinguit* — de sorte que *la conjoncture du « service », opposable par la victime au maitre du service ne l'est pas par l'agent du service à la victime.* Mais, s'il en est ainsi pour les préjudices *d'agent à tiers*, quid pour les préjudices *d'agent à soi-même ?* N'existe-t-il pas, pour cette hypothèse, une loi civile, appliquée par des tribunaux civils, et attachant à la distinction entre la faute, *même lourde*, *même inexcusable*, d'une part — et, d'autre part, la faute *intentionnelle*, une conséquence du même ordre à l'égard de l'agent du service : la loi du 9 avril 1898, article 20 ? Et puis, même pour les préjudices *d'agent à tiers*, la position prise par le maître du service à l'égard de l'agent sera-t-elle la même pour le fait de service et le fait personnel ? Et même l'application de cette distinction entre maître et agent du

(88) Le « *fait* de — ou du — *service* » est : le « *fait de l'agent* du *service* » où « *l'agent* » disparaît. Le « *fait personnel* » est encore le « *fait* de *l'agent* du *service* » mais où c'est « *le service* » qui disparaît, et où reste, *seul*, « *l'agent* », « LE SIEUR X... » — en service *privé* comme *public*.

service pour les grandes entreprises n'a-t-elle pas été formellement proposée par Raymond Saleilles (89) ?

Considère-t-on maintenant — et c'est, au demeurant, le seul point qui nous intéresse ici — l'application de la distinction entre fait de service et fait personnel *à la responsabilité du maître du service envers les tiers* (90) ? Alors, on ne saurait perdre de vue que, depuis le début du siècle dernier, un parti considérable *de la doctrine civiliste* a prétendu, en matière délictuelle, pratiquer, au bénéfice du maître du service privé, EXACTEMENT l'exploitation administrative de la dite distinction au bénéfice du maître du service public, c'est-à-dire : la réduction de sa responsabilité au cas du fait de service, en un mot : le « non-cumul ». C'est le groupe des auteurs qui, depuis Toullier jusqu'à M. Paul Esmein (91), ont voulu que le fait « *dans les fonctions* » de l'article 1384 soit un fait : non pas seulement COMMIS (inclusion simplement *matérielle*), mais COMPRIS (inclusion matérielle *et juridique*) « dans les fonctions » (92), non pas seulement commis DANS L'EXERCICE (ou *dans l'accomplissement*, ou « à *l'occasion* ») des fonctions, mais compris DANS LE CERCLE des fonctions, qui ont voulu, en un mot, que le fait soit un fait « *des fonctions* » ou selon l'expression de Demolombe (t. VIII, n° 614, p. 534) et de M. J. A. Roux (v. note suivante) : un fait « *de charge* », autrement dit : un fait « *de service* », ou fait accompli « *pour le compte du maître* du service » (93) ? Est-il permis d'hésiter à en conclure que : *la théorie*

(89) *De la personnalité juridique*, 1910, p. 330, 331.

(90) Application *parfaitement abusive*, nous le répétons (v. *supra*, p. 356), à moins de *dénaturer* — non moins abusivement — la « faute de service » (comme on a dénaturé la « faute » (v. *supra*, p. 17 et n. 24) en appelant précisément « faute de service » la faute, *même personnelle*, dont on impute la responsabilité à l'Etat. C'est cet abus qui, pour l'Etat, a été très justement dénoncé par M. Gaston JÈZE à la base de son offensive contre le système du « non cumul » (Article précité, R. Dr. Publ., 1914, p. 575) — et reconnu par M. Paul DUEZ lui-même (*R. P. P.*, p. 155) comme une « déviation ».

(91) TOULLIER, 5e éd., t. XI, 1830, nos 282 à 284, p. 385 et s. ; MOURLON, 6e éd., t. II, 1863, n° 1.694, p. 873 ; DEMOLOMBE, t. VIII, n° 614, p. 533 ; MARCADÉ, 5e éd., t. V, 1852, p. 271 ; LAROMBIÈRE, t. V, 1857, art. 1384, n° 9, p. 746 ; M. PLANIOL, *Etudes sur la resp. civ.*, R. Crit., 1909, p. 298 ; J. A. ROUX, Note sous Aix, 13 mars 1914, S. 1914.II.177 ; Paul ESMEIN, *Jurisp. civ.*, R. Crit., 1923, 1924, p. 200.

(92) On reconnaît la nuance capitale que nous avons déjà signalée dans notre Introduction (*supra*, p. 63, n. 153) et dans notre critique formelle de l'arrêt *Blanco* (*supra*, p. 143 et n. 11 de la p. 144).

(93) « La responsabilité du maître, déclare M. J. A. ROUX dans sa note précitée, ne pourra naître *que* s'il est possible d'envisager le fait comme *un acte d'exécution de la fonction*, ou, suivant DEMOLOMBE, comme un « *fait de charge* », et

administrative « spéciale, autonome » du « non cumul » n'est autre chose que l'application, par la juridiction administrative, à la responsabilité de l'Etat, du rétrécissement doctrinal civiliste du fait « dans les fonctions » *de l'article* 1384, *au fait* « de fonctions », *au fait* de « charge », *au fait* « de service » ?

Si, donc, la juridiction judiciaire applique le « cumul », ce n'est pas que la distinction entre « fait de service » et « fait personnel », ce n'est pas que l'exploitation de cette distinction par le mécanisme du « non cumul » au profit du maître du service, aient constitué des théories administratives « spéciales, autonomes » *étrangères à sa connaissance* et *inaccessibles à son intelligence* : c'est qu'elle les a, au contraire, *rejetées en connaissance de cause* et si elle les a rejetées, c'est qu'elle les a jugées contraires à la justice entre les particuliers, comme (nous dirions : *a fortiori*) entre les particuliers et l'Etat dans les cas où la compétence lui a été laissée. Si la théorie du « non-cumul » est demeurée, en fait, une « originalité » de la jurisprudence administrative, c'est une originalité que la jurisprudence judiciaire lui a délibérément abandonnée.

Aussi bien convient-il de préciser qu'il s'agit, en cela, de la jurisprudence administrative « à l'état pur » puisque, sous la « révolte des faits », puisque par l'avènement du « droit des faibles » (94), de récentes « impuretés » s'y sont introduites sous la forme d'arrêts du Conseil d'Etat admettant précisément — *ou paraissant admettre* — le « cumul » (95). Mais, alors, de deux choses l'une : ou bien l'on renie la théorie du « non-cumul » (96) et c'est non seulement une « spécialité » qui disparaît comme telle, spécialité d'ailleurs bien relative, nous venons de le voir, mais en même temps *un retour au bercail de l'article* 1384 — ou bien l'on persiste à la défendre, au moins dans une certaine mesure, et il nous sera aussi difficile de considérer ici cette « spécialité », qui s'avère

M. Paul Esmein, *Notion d'exercice des fonctions*, R. Crit., 1923-1924, p. 200 : « Les arrêts parlent *d'abus des fonctions*... je me demande *si ce n'est pas précisément cette façon de voir qui constitue l'abus* » ; p. 202 : « La responsabilité du maître doit se limiter aux actes accomplis POUR SON COMPTE. » Se peut-il plus pure définition : et du « fait de service », « pour le compte » du maître du service — et du « non-cumul » ?

(94) G. Morin, *Le sens des transformations contemporaines du Droit*, Rev. Métaph., 1927, p. 267.

(95) Pour les références, v. *infra*, p. 374 et s.

(96) Comme semblent le faire M. Jean Appleton (*Traité*, n° 236, p. 432 et s.), et M. Paul Duez en admettant (*R. P. P.*, p. 157 et s.) l'avènement d'une « nouvelle » jurisprudence du Conseil d'Etat (v. *infra*, p. 374).

surtout une « habileté », comme un titre de logique et de morale juridiques — que de l'enregistrer dans un instant (97) comme un titre de libéralisme de la juridiction administrative.

N° 6. — La discontinuité de la relation entre la responsabilité de l'Etat et la conduite de l'agent

Si l'on considère, nous le répétons, la théorie administrative de la responsabilité de l'Etat « à l'état pur », c'est-à-dire abstraction faite des récentes « impuretés » que constituent, à son égard, les deux théories dites du « risque » et du « cumul », on constate, selon les propres termes de M. Paul Duez (98), que, du point de vue de la *relation entre la responsabilité de l'Etat et la conduite de l'agent*, « trois situations sont susceptibles de se produire ». De l'aveu même du savant auteur que nous continuons à citer, ces trois situations sont les suivantes :

1° faute *légère* ne donnant lieu à *aucune responsabilité ;*

2° faute *plus grave* donnant ouverture à la *responsabilité* du « patrimoine administratif » (99) ;

3° faute *plus grave* encore, engendrant la responsabilité personnelle de l'agent (100) *sans responsabilité de l'Etat*, précisons-nous (101).

(97) Lorsque — ayant examiné ici la théorie du « non-cumul » au regard de la *justice* — nous la reprendrons (*infra*, p. 373) au regard de l'administré *justiciable*.

(98) *R. P. P.*, note 4 de la p. 22. V. *supra*, p. 64, n. 155 et p. 93.

(99) Sur cette expression, v. *supra*, nos réserves p. 279, n. 25 et p. 284.

(100) Du point de vue rationnel et théorique, nous estimons que le critérium de la *personnalité* du fait de l'agent ne procède pas nécessairement de sa *gravité :* un fait (emploi d'une chose) *nocif sans être fautif* peut-être *personnel* (Tr. Confl., 18 fév. 1893, *Tubeuf*, D. P. 1894.III.34), alors qu'une faute *lourde sans intention étrangère au service* ne doit *pas être* tenue pour *personnelle*. D'ailleurs, la théologie morale nous apprend que la discrimination de la faute (*divisiones peccati*) d'après l'intention (*ratione malitiæ*) ne coïncide nullement avec la discrimination d'après la gravité (*ratione gravitatis*) (Ed. Tanquerey, *Theologia moralis fundamentalis*, ed. septima, nos 436 et s., p. 253, 254). C'est donc avec juste raison, selon nous, que Léon Duguit n'a cessé de s'élever contre le critérium de la gravité, notamment : dans L'Etat, t. II, 1903, p. 649, et dans les *Transf. du Dr. publ.*, p. 274 : « La gravité de la faute peut engager la responsabilité du fonctionnaire envers l'Etat ; elle est tout à fait étrangère à la responsabilité envers les administrés. » Cependant, pratiquement, le cas général du fait personnel est celui de la « mauvaiseté de l'agent » (G. Teissier, concl. Feutry, *N. A. H.*, I, p. 576) — de la faute tirant, du vice de l'intention de son auteur, *qui s'est servi du service pour son compte personnel* (cf. *supra*, p. 358), une particulière gravité, et c'est pourquoi, avec M. Paul Duez (*loc. cit.*), comme avec M. Auguste Jèze (*De la resp. péc. des patrim. adm. au cas de faute personnelle des agents publics*, R. Dr. Publ., 1914, p. 573), nous attribuons à la faute personnelle le maximum de gravité.

(101) « On n'a jamais pensé que l'Etat devrait répondre des fautes grossières ou

Et, certes, c'est encore bien là une théorie « spéciale » « autonome » du droit administratif par rapport au droit civil, qui ne présente rien de semblable. Mais ne serait-elle pas aussi « spéciale » et « autonome » par rapport... au droit... naturel ? Ne voit-on pas *l'offense que cette discontinuité artificielle, que cette ligne arbitrairement brisée, porte à l'ordre rationnellement et moralement continu de la nature des choses* (102) ? La raison, la morale — et, par surcroît, le droit — n'exigent-ils pas une *progression continue* de l'obligation de réparation du maître du service en raison *toujours directe* — et non pas DIRECTE, PUIS INVERSE — de la *progression de la culpabilité* de l'agent du service ? *Natura non facit saltus...* L'irresponsabilité de l'Etat saute...

N° 7. — La « spécialité » du préjudice (103)

Nous arrivons à la « spécialité » de la théorie administrative, qui porte *sur le préjudice*. Cette condition imposée à l'admission de la responsabilité de l'Etat est présentée, par les auteurs, à la fois, comme la conséquence logique et comme la preuve jurisprudentielle de l'admission du principe de « l'égalité de répartition des charges publiques » pour le fondement de la responsabilité de l'Etat (v. *supra*, p. 351).

Or, d'une part, nous venons de rappeler (*supra, ibid.*) les objections que soulève le fondement de la responsabilité civile de l'Etat sur le principe de l'égalité de répartition des charges publiques. D'autre part, ce fondement fût-il même admis, il semblerait assez singulier de l'invoquer comme une explication de la théorie de la spécialité du préjudice : l'idéale égalité de répartition n'exigerait-elle pas au contraire la réparation de tout préjudice ? Nous pensons que, simplement, la « nécessité compensatoire » du préjudice *non spécial* se trouve satisfaite par son inhérence à la vie sociale : *Hodie mihi cras tibi... Veniam damus petimusque vicissim*

même volontaires de ses agents » (Henry NÉZARD, *Théorie jurid. de la fonction publ.*, Thèse Paris, 1901, p. 723).

(102) C'est cette « conséquence paradoxale » de la théorie du « non-cumul » des actions que M. Gaston JÈZE a, depuis longtemps, dénoncée (cf. notamment son magistral article sur cette question dans la Rev. du Dr. Publ., 1914, p. 575).

(103) La théorie de la « spécialité » du préjudice générateur de responsabilité de l'Etat est une de celles auxquelles M. Gaston JÈZE s'est attaché particulièrement : entre autres références sur ce point, cf. sa note sous Cons. d'Et., 21 mai 1920, *Colas*, R. Dr. Publ., 1920, p. 406. ADDE : Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 43 et s.

....ce qui n'a rien de spécifiquement propre aux préjudices procédant du fait des agents administratifs.

« Les citoyens, lisons-nous sous la plume même de M. Jean Appleton (104), sont tenus de supporter sans indemnité une foule de désagréments passagers ou minimes *qui sont la conséquence fatale du développement des services publics et de leur fonctionnement normal*. Cela fait partie des sacrifices que la vie en société impose à chacun dans l'intérêt de tous. » Or, supprimons les membres de phrase soulignés, et nous nous trouvons en présence d'une formule qui, selon notre précédente observation (*supra*, p. 84, n. 225), et de l'aveu même de M. Paul Duez (105), est appliquée par la jurisprudence civile. Et c'est là précisément, nous le répétons, la théorie civiliste de la non réparation du préjudice non spécial, non exceptionnel, théorie civiliste (106) que la doctrine publiciste s'évertue, ici comme ailleurs, à écarter, de manière à doter le droit administratif d'une « autonomie » : *préjudice « spécial »*, *théorie « spéciale »*, *droit « spécial »*,... *juridiction « spéciale »*,... c. q. f. d.

Conclusion

De cette rapide revue, il nous semble permis de conclure que, si, comme nous nous sommes attaché à l'établir (v. *supra*, Introduction et Chap. I du présent Titre), et comme le reconnaît Maurice Hauriou: « dans la matière des responsabilités administratives (de l'Etat), LES PRINCIPES SONT TIRÉS DU DROIT PRIVÉ » (107) — si, comme l'affirme instamment (*supra*, p. 86, n. 231) le professeur J. W. Garner : « la saine doctrine du *respondeat superior*, qui s'applique à l'entrepreneur privé doit s'appliquer également à l'Etat employeur » — si le droit *public*, c'est-à-dire étymologiquement : *du peuple* se rencontre ici avec le droit *commun* fait *par le peuple* et *pour le peuple* — L'APPLICATION DES PRINCIPES de ce droit à l'égard de l'Etat n'apparaît pas davantage comme impliquant des « théories spéciales autonomes ». Ce qui est *spécial* — car il est effectivement un élément

(104) Note précitée au D. P. 1930.III.49, col. 2.

(105) *R. P. P.*, p. 44 et note 1, avec référence à la thèse de M. RIPERT : *De l'exercice du droit de propriété dans les rapports avec les propriétés voisines*, Aix, 1901.

(106) Cf. Paul DUEZ, *loc. cit.*, p. 44.

(107) *Précis*, 11e éd., p. 302. — ADDE : Léon MICHOUD, *Pers. mor.*, t. II, 1932, p. 299 : « Nous ne désespérons pas de voir la force des choses conduire le Conseil d'Etat à appliquer à l'Etat en ces matières les principes du droit privé. »

spécial dans l'action en responsabilité contre l'Etat — c'est moins *la technique hypertrophiée* (108) de cette responsabilité que la *personnalité publique* du *responsable*, de CE « PLAIDEUR EXCEPTIONNEL : L'ETAT » (109).

Dès lors, *avec la réalité du caractère spécial de la matière à juger, disparaît* (110) *l'avantage pour la justice de la spécialisation du juge*. L'intérêt prétendu de la justice à cette spécialisation — et *a fortiori* à sa prétendue conséquence (111) : le rejet de la compétence judiciaire pour la déclaration de l'Etat débiteur de responsabilité — ne sont autre chose qu'un nouvel aspect de cette règle de compétence *intuitu personae* (112) aujourd'hui unanimement désavouée : la règle de « l'Etat débiteur ».

§ II. — L'intérêt prétendu du justiciable: Le libéralisme du juge administratif

Si l'intérêt de l'administré demandeur en responsabilité pécuniaire de l'Etat peut, dans une certaine mesure, s'accorder avec celui de la justice, sa compatibilité avec l'intérêt pécuniaire de l'Etat défendeur se conçoit *a priori* beaucoup plus difficilement. Or c'est, nous l'avons vu (*supra*, p. 301 et s.), la préoccupation de cet intérêt pécuniaire de l'Etat qui a été à l'origine l'une des raisons déterminantes de l'institution d'une juridiction administrative. *Ainsi*, la *théorie du néo-séparatisme supprime non seulement la raison d'être politique — mais aussi la raison d'être financière — de la juridiction administrative*. Par là, elle s'inscrit contre le fond — contre l'idée même — de l'arrêt *Blanco :* cette « conciliation des intérêts de l'Etat et des particuliers », à laquelle on ne peut (113) donner d'autre sens que celui d'une restriction de la responsabilité de l'Etat, déclarée « ni générale ni absolue » au regard, précise formellement l'arrêt lui-même (v. *supra*, p. 141), des « principes établis par le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ».

Sous le bénéfice de cette observation sur *le manque de cohérence* qui caractérise la thèse de la compétence administrative, nous procè-

(108) V., au début de l'article précédent (*supra*, p. 346), notre deuxième réserve.
(109) Louis TROTABAS, *Constitution et gouvernement de la France*, 1930, p. 80.
(110) Selon la première de nos réserves (*supra*, p. 346).
(111) V. notre troisième réserve (*supra, ibid.*).
(112) Cf. *infra*, note 245 de la p. 416.
(113) Cf. *supra*, p. 301 et n. 103, et l'aveu de M. H. BARTHÉLEMY, *supra*, p. 345.

derons ici encore à l'examen de l'argument considéré d'abord en soi, puis dans son application à la responsabilité de l'Etat.

ARTICLE 1. — L'ARGUMENT JUGÉ EN SOI

Nous avons donc vu (*supra*, p. 341 et s.) la théorie nouvelle affirmer que le salut du justiciable n'est plus, comme au temps de Cormenin, au prétoire judiciaire, mais au prétoire administratif. Qu'en faut-il penser ? Peut-on, en vérité, se féliciter comme MM. Joseph-Barthélemy (v. *supra*, p. 343 — IV) et James W. Garner (*supra*, p. 344 et n. 41) de l'augmentation du... *chiffre d'affaires* du Conseil d'Etat, alors que le... *client n'a pas le choix* — le conflit est là pour le lui rappeler — alors que le triumvirat : administration — juridiction administrative — Tribunal des Conflits — s'accorde et s'emploie sans trêve au refoulement systématique de la compétence judiciaire ?

Si, réellement, la jurisprudence administrative était contre l'administration, si, même, elle ne lui était pas éminemment favorable... cela se saurait dans l'administration... et cela se verrait dans la disparition *de l'exception d'incompétence et du conflit*. Pourquoi donc le conflit *Blanco* ? Pourquoi le conflit *Feutry* ? Histoire ancienne ? Alors, le conflit *Vve Lemetti*, le conflit *Dame Mélinette* ? Depuis un siècle, qu'observe-t-on ? Le spectacle d'une jurisprudence administrative « tentaculaire », *et qui n'est « débordée » que dans la mesure où elle est débordante*, du moins en notre matière — grâce, précisément, aux efforts suivis de l'administration. La « politique jurisprudentielle » de la juridiction administrative apparaît, avant tout, comme une *politique d'annexion* au gré de l'administration. N'est-ce pas M. Hauriou (114) et M. Mestre (115) eux-mêmes qui, nous l'avons vu, reconnaissent que la dévolution aux Conseils de préfecture de la compétence en matière d'accidents de personnes dans les travaux publics n'a été qu'un « subterfuge » contre la compétence judiciaire et que, celle-ci vaincue, « on peut » remettre cette compétence au Conseil d'Etat ? N'est-ce pas M. Paul Duez lui-même qui nous signale « l'envahissement de la compétence administrative » (116) ?

Et, d'autre part, est-ce contre le vœu de l'administration et du gouvernement que le Conseil d'Etat a été maintenu et réorganisé

(114) Note au S. 1909.III.49 arrêts *de Fonscolombe*, etc. ; *N. A. H.*, p. 502.
(115) Note sous l'arrêt *Somerville*, au S. 1921.I.353, § 4 précité (*supra*, p. 183).
(116) *R. P. P.*, p. 8, ligne 2.

par la loi du 24 mars 1872 ? Chaque fois que le législateur a pu réussir à imposer la compétence judiciaire à l'égard de l'Etat (117), n'est-ce pas toujours contre le gré — n'est-ce pas en dépit des efforts suprêmes — des ministres intéressés (118) ?

Est-ce donc contre elle-même que l'administration se montre si avide de la compétence administrative — que, selon l'expression même de Maurice Hauriou (119), elle la revendique si « *jalousement* » — qu'elle ne cesse, non seulement de la réclamer : soit *griffes rentrées*, par la simple exception d'incompétence, soit *griffes montrées*, par l'ultimatum du conflit, mais de la pousser à l'hypertrophie — *voire de la créer* (120) ? Prétendre que la jurisprudence administrative est plus avantageuse pour le justiciable que la jurisprudence judiciaire, c'est proclamer que l'administration, comme la Martine de Molière, « veut être battue », *c'est lui attribuer un goût de la flagellation confinant au masochisme !* Or, on nous accordera que ce n'est certes pas ce genre de perversion qui pourrait être reproché à l'administration. La réalité ne correspondrait-elle pas plutôt — *mutatis mutandis* — à ce tableau de maître (v. *supra*, n. 123 de la p. 309) que Necker, aujourd'hui, pourrait encore tracer ?

Si, d'ailleurs, de savants juristes ont mis en avant le « libéralisme » du Conseil d'Etat et voient en lui — *aujourd'hui* — « le principal gardien et protecteur » des droits individuels (*supra*, p. 343-344), on n'ignore pas que cette opinion se heurte à celle d'un parti non moins considérable de la doctrine, non seulement traditionnelle, mais encore *actuelle*, qui proclame, au contraire, la juridiction judiciaire « gardienne des droits individuels » par opposition à la juridiction administrative, laquelle, *instituée gardienne de la prérogative administrative*, ne saurait *cumuler ces*

(117) Pourquoi, d'ailleurs, cette insistance, cette persévérance du législateur (v. *supra*, p. 206 et s.) à édicter la compétence judiciaire ? Il y a plus d'un siècle, nous dira-t-on, que le législateur a, par les art. 1 et 2 du 1er juin 1838 restreint le conflit en matière pénale, mais n'est-ce pas récemment que, par l'art. 2 de la loi du 7 février 1933, il a renouvelé *son ostracisme contre le conflit* en matière de liberté individuelle — *et pourquoi ?*

(118) Travaux préparatoires des lois du 3 juill. 1877 (D. P. 1877.IV.53) ; du 9 avril 1898 (D. P., 1898.IV.97) ; du 20 juill. 1899 (D. P. 1899.IV.85). Cf. *infra*, p. 414 (Chap. IV).

(119) *Précis*, 11e éd., p. 302.

(120) Comme, par exemple, dans l'art. 32 de l'*Instruction générale sur le Service des Postes et Télégraphes* du 1er juin 1889 (Fr. Gény, *Droits sur les lettres missives*, 1911, p. 132, n. 1) ; comme, aussi, en matière d'occupations et dommages par dépôts de munitions et « champs d'éclatement ou de brûlage » : « Lettre collective », *Régions Libérées*, n° 386 du 22 nov. 1922, et Circul. minist. *Guerre*, n° 1632, 1/10, du 6 fév 1923.

deux « gardes » contradictoires. Ce serait, d'abord, le lieu de reproduire ici notre série de citations sur la théorie de la séparation politique des pouvoirs (*supra*, p. 335 et s.). En y renvoyant, nous y ajouterons les nouvelles références ci-après.

— COTELLE. — *Cours de Droit administratif*, 3e éd., t. II, 1859, n° 28, p. 16 : « *La justice administrative ayant été instituée pour garantir l'action du gouvernement...* (cf. *supra*, p. 125, n. 45) et t. IV, 1862, n° 1305, p. 824 : « *La liberté, la vie, l'honneur des citoyens se placent essentiellement sous la garde des tribunaux.* »

— AUCOC. — *Conférences de Droit administratif*, 2e éd., t. I, n° 289, et Conclusions affaire *Hamilton*, Cons. d'Et., 11 août 1866, et affaire *Duc d'Aumale*, Cons. d'Et., 9 mai 1867.

— DUCROCQ. — *Cours de Droit administratif*, 7e éd., t. II, p. 13 : « *L'autorité judiciaire est à la fois la gardienne du droit de propriété et de la sécurité de la liberté et de l'état des personnes. ...Le silence de la loi suffit pour faire rentrer ces litiges dans le contentieux judiciaire, leur place naturelle.* »

— DAVID — qui, lui-même, dans ses conclusions *Pelletier* (Tr. Confl., 26 juillet 1873, D. P. 1874.III.5), affirme : « la volonté formellement exprimée par le législateur de placer la légalité de l'impôt *sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire* » et déclare, à l'audience du 5 juillet 1874 du Conseil d'Etat : « Les tribunaux... compétents... *...telle est la véritable garantie, la véritable protection assurée aux* droits individuels » (COUMOUL, *Le Pouv. jud.*, 2e éd., 1911, p. 117).

— Pierre DARESTE. — *Les voies de recours contre les actes de la Puissance publique*, 1914, p. 247 : « Les tribunaux *ordinaires* sont les *gardiens naturels de la propriété de la liberté et des droits attachés à la personne* » ; p. 272 : « Les libertés publiques sont placées *sous la sauvegarde des tribunaux judiciaires.* »

— LAFERRIÈRE. — 2e éd., t. I, p. 478 et s. ; 529 et s.; 537 : « Les difficultés auxquelles peuvent donner lieu l'exercice de ces droits (individuels) relèvent en principe de l'autorité judiciaire ; c'est devant elle que l'on doit se défendre des atteintes qui leur seraient illégalement portées soit par des tiers soit par l'administration elle-même » (p. 529) ; « *La compétence judiciaire* se rattache à notre système de *garanties des droits individuels* et présente un caractère constitutionnel » (p. 498).

— Maurice HAURIOU. — *Précis de Droit administratif*, 6e éd., 1907, p. 487 : « *Lorsque des textes législatifs interviennent*, ils établissent

plutôt une responsabilité civile avec compétence *judiciaire*. Sans doute pour cette considération QU'IL CONVIENT DE RASSURER COMPLÈTEMENT L'ADMINISTRÉ...

A la vérité, cette observation n'a plus reparu dans les éditions postérieures, mais il en est demeuré une autre qui figure encore dans la 11e édition, p. 32, et que voici :

« Le droit de propriété privée est... celui des droits privés qui résiste le plus victorieusement à la puissance publique : L'administration ne peut s'emparer d'une propriété immobilière *sans tomber sous les prises des tribunaux ordinaires.* » ADDE : Note sous Tr. Confl., 17 juin 1899, Dreux-Brézé, S. 1900.III.17 : « La jurisprudence civile est *gardienne de toute espèce de propriété.* »

— M. Jean APPLETON. — *Traité du Contentieux administratif*, 1927, n° 75, p. 143 : « Les tribunaux judiciaires sont *les gardiens naturels de la liberté individuelle* » et p. 153 : « Les tribunaux judiciaires *gardiens naturels de la propriété privée.* »

— M. Achille MESTRE — dans sa Note au S. 1924.I.289 qualifie les tribunaux judiciaires de « *gardiens de la propriété privée* ».

— M. le commissaire du gouvernement ROMIEU, dans ses conclusions *Montlaur*, Tr. Confl., 4 déc. 1903, S. 1907.III.3 (121).

« *Cette prétendue gardienne* » (122)... « idée traditionnelle mais aujourd'hui vide de sens » (123)... « principe solennel et faux » (124)... réplique le parti de la compétence administrative. Mais n'est-ce pas à la faveur d'une équivoque ? Il est incontestable, il est constant, que, dans certaines conjonctures, notamment pour les procès fiscaux et dans l'exercice du contrôle de la légalité par le juge de la répression, surtout en présence du détournement de pouvoir, la juridiction judiciaire montre plus de réserve que le Conseil d'Etat (cf. P. Dareste, *Voies de Recours*, p. 192, n. 1 et 202, n. 1). Que même, *en certaines matières* énumérées par M. Hauriou

(121) Conclusions homologuées par le Tribunal des Conflits, qui a appliqué, quelques mois plus tard, dans son arrêt du 19 mars 1904, *Maudière*, la même théorie de la « voie de fait », SIMPLE TRADUCTION DE LA « GARDE » JUDICIAIRE DES DROITS INDIVIDUELS.

(122) Gaston JÈZE, Rev. Dr. Publ., 1905, p. 508, à propos de l'arrêt Civ., 3 avr. 1905, S. 1906.I.353, qui, pourtant, n'est nullement restrictif de la responsabilité au fond, mais se borne à écarter — très justement — l'art. 1382 en matière de responsabilité *obligationnelle*.

(123) Paul DUEZ, *R. P. P.*, p. 186. Alors, nous reposons la question : Que signifient les lois récentes portant compétence judiciaire ? Que signifie l'interdiction du conflit par l'art. 2 de la loi du 7 février 1933 ?

(124) Raphaël ALIBERT, Note *Dame Mélinette* précitée (*supra*, p. 184, n. 112).

(*Précis*, 11e éd., note de la p. 944), « les tribunaux judiciaires poussent à l'excès les prérogatives de l'administration », nous en convenons. Mais, d'abord, M. Paul Duez lui-même observe que :

« de tout temps, nous voyons la Chambre Criminelle proclamer l'illégalité des règlements de police pour des motifs dans lesquels le juriste averti ne peut que reconnaître ce qu'en droit public on est convenu d'appeler un détournement de pouvoir. »

et que cette juridiction

« s'est montrée plus audacieuse que le Conseil d'Etat en admettant ce grief (dans un cas où il) ne fut pas pris en considération par le tribunal administratif » (125).

A plus forte raison semble-t-il au moins téméraire, nous allons le voir, d'affirmer que, *dans notre matière : la responsabilité de l'Etat*, la juridiction administrative se montre plus large que la juridiction judiciaire.

ARTICLE 2. — L'ARGUMENT JUGÉ DANS SON APPLICATION A LA MATIÈRE : RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT

Pour apprécier l'argument du plus grand libéralisme de la juridiction administrative, spécialement dans la matière de la responsabilité de l'Etat, il convient d'examiner certains points de comparaison faite — *ou à faire*. Tel sera l'objet du présent Article.

N° 1. — L' « anonymat » de la « faute de service » et la « responsabilité directe » de l'Etat (Renvoi)

Nous croyons avoir suffisamment mis en évidence (126) la méprise des savants auteurs qui, croyant le jeu de l'article 1384 subordonné à l'identification du ou des préposés auteurs du préjudice, en ont déduit que la jurisprudence administrative de la « faute de service », en éliminant cette condition, se montre plus favorable au demandeur ainsi dispensé de produire *un nom* d'agent.

Quant à la thèse de la « responsabilité directe » — en réalité,

(125) *Le recours en appréc. de valid.*, précité, Mél. Hauriou, p. 330, et n. 1. Le cas visé est l'affaire GORET : Crim., 25 oct. 1900, S. 1903.I.303 et Cons. d'Et., 6 juin 1902, S. 1903.III.65.

(126) V. *supra*, p. 217 et s.

nous le savons (cf. p. 75, 218) : *faute directe* — de l'Etat, et qui s'articule avec cet anonymat, son résultat — et même, dirons-nous encore, son but — c'est de permettre le rejet du « cumul » des actions en responsabilité dans le cas du pur et simple fait personnel isolé, c'est-à-dire lorsqu'on ne peut relever, en connexité avec lui, un fait de service : soit d'autres agents que l'agent en cause, soit de lui-même (v. *supra*, p. 77 et s. ; *infra*, p. 374). En résumé, pour le justiciable, inexistence d'un avantage prétendu et existence d'un désavantage laissé, tout au contraire, dans une ombre discrète.

N° 2. — La responsabilité « pour risque »

Responsabilité « pour risque », c'est l'expression, si discutable avons-nous vu (*supra*, p. 25, n. 41-3°), actuellement usitée pour désigner la responsabilité civile de l'Etat *au titre de son activité administrative et sans faute administrative*. Or, on n'a pas seulement découvert, comme nous venons de le voir, une supériorité de la juridiction administrative en ce qu'elle n'exige pas « les noms » des agents de la faute administrative, mais, en outre, cette autre supériorité plus notable encore de ne pas exiger la faute elle-même :

> « Les juges (de l'arrêt *Blanco*) de 1873, écrit Léon Duguit, comprennent que la responsabilité de l'Etat ne peut pas être une responsabilité pour faute, qu'il faut donc écarter la compétence judiciaire parce que les tribunaux civils ne comprendraient que cette responsabilité » (127).

Or, nous avons reconnu (*supra*, p. 222, 301, 364) que l'idée de l'arrêt *Blanco* est, au contraire, la restriction de la responsabilité de l'Etat, comme nous avons relevé la réserve de la juridiction administrative à l'égard de la responsabilité « pour risque » (*supra*, p. 88 et s.). Quant à la question de priorité chronologique en cette matière, en voici l'état.

On sait que la responsabilité « objective » a débuté devant la Cour de Cassation par l'arrêt Cass., 11 juin 1896 (D. P. 1897.I. 433) avec les précédents : Trib. civ. de Gien, 26 avr. 1888, Rev. Crit., 1906, p. 95) et Grenoble, 10 févr. 1892 (D. 1893.II.205) — et

(127) *Les Transf. du Dr. Publ.*, 1913, p. 172 (cf. *supra*, p. 200 et s.). A la vérité, la faute que Léon Duguit rejette, c'est, nous l'avons vu (*supra*, p. 16, n. 19), la faute *de l'Etat* lui-même, mais il entend également que la faute *de l'agent* de l'Etat ne saurait, elle-même, constituer le fondement de la responsabilité de l'Etat (v. *Traité*, III, p. 469, *in fine*), et c'est ce qui lui fait donner la préférence à la juridiction administrative.

devant le Conseil d'Etat par l'arrêt Cons. d'Et., 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*. Lorsque, dans ses magistrales conclusions *Colas* (Cons. d'Et., 21 mai 1930, R. Dr. Publ., 1920, p. 410), le savant commissaire du gouvernement Corneille a proposé « la théorie du risque » (cf. *supra*, p. 313 — X), quelle a été sa référence ? Celle-ci : « l'interprétation actuelle » — donc par la juridiction judiciaire — « de l'article 1384 ». D'autre part, quant au cas du préjudice procédant du fait de *la chose du maître maniée par l'agent* (spécialement l'automobile), nous avons vu que, pour la juridiction judiciaire, depuis l'arrêt de cassation *Bessières*, l'exigence de la faute — même de la *présomption de faute* — de l'agent est supprimée, alors qu'elle ne l'est pas devant la juridiction administrative qui en est restée à la « présomption de faute » de l'agent. A plus forte raison, *la présomption :* non plus *de faute*, mais bien *de responsabilité* du fait de la chose selon la jurisprudence judiciaire depuis l'arrêt *Jeand'heur* est-elle encore ignorée de la jurisprudence administrative (128). Et, certes (comme l'observe Maurice Hauriou très justement et contre M. Jean Appleton) (129), grâce à la théorie de l'immunité de l'agent public pour faute de service, la situation de celui-ci n'est pas aggravée. Mais celle qui l'est — et de l'aveu même de M. Jean Appleton (*Traité*, p. 447, 448) — c'est la situation *de la victime* qui se verra débouter dans la conjoncture du cas fortuit consistant en le *vice de la chose*, auquel cas la juridiction judiciaire maintient la responsabilité du maître du service (130).

Que si l'on objecte la matière des travaux publics, où la responsabilité sans faute était appliquée depuis un siècle, nous répondrons, d'abord, que précisément l'extension de la responsabilité administrative sans faute en dehors des travaux publics n'a fait que suivre la jurisprudence judiciaire, et puis, quant à la prétendue

(128) V. *supra*, n. 99 de la p. 266, n° 6° *in fine*. Ainsi la jurisprudence administrative de la « responsabilité » de l'Etat « pour risque » en est encore au « risque *exceptionnel* », c'est-à-dire à la théorie caduque des « choses dangereuses ». Cf. *supra*, p. 26, en note — mais v. aussi *infra*, ADDENDA, p. 482, un récent progrès.

(129) V. *supra*, même note 99 de la p. 266, au début.

(130) Cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Oblig.*, t. I, 1930, n° 260, p. 844, et surtout le récent et magistral article de M. le doyen Louis JOSSERAND, *Force majeure et cas fortuit* (D. H. 1934, Chronique, p. 25 à 28) mettant en relief, avec une force nouvelle, la distinction, toujours préconisée par cet auteur, entre les deux notions, et la tendance de la doctrine et de la jurisprudence judiciaire, comme de la législation, à l'admission de la responsabilité du « cas fortuit » défini comme « se produisant *à l'intérieur* de l'entreprise » et « se ramenant à la réalisation d'un risque antérieurement créé par l'homme » (*loc. cit.*, p. 26).

particularité du régime des travaux publics lui-même, en tant qu'abstracteur de la faute, il nous suffira, pour faire apprécier le mérite de cette légende d'en appeler à M. Paul Duez lui-même (*R. P. P.*, p. 43, 44) tout en nous référant, non seulement à la thèse demeurée classique de M. Georges Ripert : *De l'exercice du droit de propriété dans les rapports avec les propriétés voisines*, Aix, 1901, mais aussi et surtout aux magistrales études de M. H. Capitant : *Des oblig. de voisinage*, R. Crit., 1900, p. 163 et s., et de M. J. Crouzel, Etudes sur la resp. civ., R. G. D. L. J., 1919, p. 20, 140, 209, 352 ; et 1920, p. 23, 90, 145, 242.

N° 3. — La responsabilité « pour faute »

Exception faite des espèces peu nombreuses et très circonscrites où l'on a pu voir la juridiction administrative admettre la responsabilité de l'Etat à raison de son activité administrative sans faute d'agent administratif — hypothèses dont nous avons relevé les correspondances judiciaires — la règle est la subordination de la responsabilité de l'Etat à la preuve d'une faute d'agent (131). Or, cette *exigence n'est pas limitée* à la présence d'une faute *quelconque*. Ainsi que nous l'avions déjà signalé au paragraphe précédent (*supra*, p. 361, N° 6), la faute génératrice de responsabilité de l'Etat est — par une singulière anomalie, par une véritable offense, avons-nous dit, à l'ordre rationnellement continu de la nature des choses — comprise entre *un minimum :* théorie de la faute « *grave* », et *un maximum :* théorie du « non-cumul ». Réservant le second point pour le numéro suivant, examinons ici le premier.

Nous avons déjà vu (*supra*, p. 361), avec M. Paul Duez, que « la faute légère ne donne lieu à aucune reponsabilité » (*R. P. P.*, n° 4 de la p. 22). Nous préciserons que, pour les préjudices procédant d'actes administratifs *juridiques*, « l'excès de pouvoir, condition *nécessaire* de la responsabilité, *ne suffit pas* à la fonder » ; qu'en matière d'excès de pouvoir « la faute de service légère n'est pas génératrice de responsabilité » (132). Et l'on n'ignore pas

(131) Exemple : Cons. d'Et., 29 mars 1901, *Mersanne*, S. 1903.III.127.

(132) Louis Delbez, article précité : *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, R. Dr. Publ., 1932, p. 489. On peut dire qu'aux yeux du Conseil d'Etat, *erreur administrative n'est pas faute :* « L'autorité, sans cesse exposée à *l'erreur* dans l'exercice de la puissance publique, ne peut, en général, se la voir reprocher comme *faute* » (Code annoté des Lois administratives Dalloz, t. IV, p. 889, n° 9836). Confusion constante entre *faute* et *responsabilité*.

davantage la masse des arrêts du Conseil d'Etat qui, pour les préjudices procédant de faits (de commission ou d'omission) *matériels*, exigent la présence d'une faute administrative grave (133) et, souvent même, « d'une particulière gravité » (134), « manifeste et particulièrement grave » (135). Selon l'expression même de Maurice Hauriou, le Conseil d'Etat a « endigué le fleuve de la responsabilité pour fait de service » (136).

Or, d'abord, nous avons vu (*supra*, p. 60, n. 143) qu'un parti non négligeable de la doctrine civiliste *ne subordonne pas la responsabilité du maître du service au caractère fautif du fait de l'agent à son service*. Et ensuite, même dans l'opinion civiliste qui exige la faute de l'agent, la responsabilité du maître du service est engagée par cette faute, *quelle qu'en soit la gravité* (137). Il semble difficile de relever ici un avantage de la compétence administrative pour l'administré.

N° 4. — La théorie du « non-cumul » des actions en responsabilité contre l'Etat et contre l'agent

Non seulement l'action en responsabilité contre l'Etat est rejetée quand la faute d'agent n'atteint pas un certain *minimum*, mais l'Etat est mis hors de cause quand la dite faute d'agent atteint ce *maximum* : la « personnalité » (138). C'est proprement en quoi consiste cette théorie du « non-cumul » des actions en responsabilité, que nous avons déjà rencontrée au paragraphe précédent (*supra*, p. 356) en tant que « spécialité », et qui se présente ici à notre examen comme un élément d'appréciation du « libéralisme » de la juridiction administrative.

Que cette théorie constitue « une sorte de dogme » de la juridic-

(133) Exemple : Cons. d'Et., 1er mai 1925, *Coulon*, D. H. 1925, p. 431.
(134) Exemple : Cons. d'Et., 19 mai 1922, *Dourdent*, S. 1924.III.19.
(135) Exemple : Con. d'Et., 11 mars 1921, *Dme et Dlle Selliès*, Rec. 292.
(136) Note *Dourdent* et *Gaspard*, Cons. d'Et., 19 mai et 23 juin 1922, S. 1924. 9, et N. A. H., I, p. 658.
(137) Une espèce, base de comparaison entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire est fournie par l'arrêt précité *Mersanne* (*supra*, n. 131 de la p. 372) : refus d'indemnité pour blessures causées à une personne *par un cheval* de l'armée, et motif tiré de ce que « aucun fait de négligence ou d'imprudence n'était relevé à la charge » des militaires qui le conduisaient. On voit mal un tribunal judiciaire se refusant à appliquer ici l'art. 1385 C. civ... Il est vrai que, comme compensation pour la victime, un considérant qualifie l'accident de « malheureux »...
(138) Sur la relativité théorique de ce maximum, cf. *supra*, n. 100 de la p. 361.

tion administrative (139), que la généralité des auteurs ait adhéré dès le principe à cette « pure affirmation » (140) comme à un axiome qui se passe de démonstration (141) — qu'il ait fallu attendre, « pour voir la doctrine lui demander ses titres, les années postérieures à 1910 », c'est M. Paul Duez qui l'observe (*R. P. P.*, p. 154) (142).

Que la dite théorie du « non-cumul » soit maintenant réduite à l'état de souvenir et remplacée par une « nouvelle jurisprudence » (143) proclamant le « cumul » (144), nous ne demanderions qu'à reconnaître cette « nouveauté ». Malheureusement, on ne saurait, d'abord, faire abstraction des arrêts de *franc rejet* du cumul précités (*supra*, note 139 de cette page), et dont le dernier remonte à peine à huit ans. Et puis, même dans la généralité des décisions qui paraissent l'admettre, le prétendu « cumul » n'est en réalité qu'un *pseudo-cumul*, puisque la responsabilité de l'Etat y est reconnue : non pas à raison du « fait personnel » en cause, mais d'une « faute de service » prétendue concomitante et connexe (145). De

(139) Cf. notamment, comme jurisprudence récente : Cons. d'Et., 14 déc. 1906, *Currie*, D. P. 1908.III.63 ; 22 nov. 1918, *Gazil*, Rec. 1043 ; 7 mars 1919, *Dlle Gilet*, Rec. 244 ; 15 déc. 1922, *Balaÿn*, Rec. 950 ; 22 juill. 1923, *Manquest ;* 29 nov. 1926, *Levasseur*.

(140) Gaston Jèze, *Notes de jurisp.*, R. Dr. Publ., 1910, p. 77.

(141) Notamment : Léon Michoud, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, I, p. 404 ; Laferrière, *Traité*, 2e éd., t. II, 1896, p. 182 ; G. Teissier, *Resp. Puiss. publ.*, 1906, n° 54 ; F. Moreau, *Dr. adm.*, 1909, p. 641 ; Léon Duguit, *Traité de Dr. Const.*, 1re éd., t. I, 1911, p. 549 ; *Transf. du Dr. publ.*, 1913, p. 269 et s., 275, 277 et s. ; *Traité de Dr. Const.*, 3e éd., t. III, 1930, p. 516 et s. ; M. Hauriou, *Précis*, 3e éd., 1897, p. 7 ; 8e éd., 1914, p. 497 ; 11e éd., 1927, p. 317, 318 ; Note *Feutry*, S. 1908.III.97, p. 587 ; *Police juridique et fond du droit*, R. Trim. Dr. Civ., 1926, p. 289 ; Georges Renard, *Elém. de Dr. publ.*, 1922, p. 136.

(142) Pour ce mouvement de doctrine, cf. notamment : Gaston Jèze, à qui en revient l'honneur : R. Dr. Publ., 1910, p. 76 et s. ; 1914, art. précité (*supra*, p. 362, n. 102), p. 569 et s. ; André Fliniaux, *Le cumul de la resp. de l'agent et de la resp. de la pers. mor. adm.*, R. Dr. Publ., 1921, p. 333 ; Yves Gestin, thèse sur le même titre, Rennes, 1928 ; Paul Duez, *R. P. P.*, p. 151 et s. ; Jean Appleton, *Traité*, p. 432 et s.

(143) Paul Duez, *R. P. P.*, p. 157.

(144) On trouve l'alignement de cette « nouvelle jurisprudence » notamment dans l'article précité de M. André Fliniaux, *R. Dr. Publ.*, 1921, p. 338 et s. ; dans le *Traité* de M. Jean Appleton, n° 236, p. 432 et s. ; dans celui de M. Paul Duez, *R. P. P.*, p. 158 et s. On sait que le point de départ en est l'arrêt : Cons. d'Et., 12 févr. 1909, *Cie comm. de colon. du Congo fr.*, Rec. 153, suivi de l'arrêt du 25 juin 1909, *Carretier*, Rec. 616. Le dernier à notre connaissance serait l'arrêt Cons. d'Et., 9 nov. 1928, *Rapin*, D. P. 1929.III.1, avec note Jean Appleton.

(145) C'est cette condition du concours du « fait personnel » de l'agent en cause et d'une « faute de service » distincte — encore que concomitante et connexe — œuvre d'autres agents (voire de celui-là même), qui constitue *la ligne de repli, le dernier retranchement* de la jurisprudence et de la doctrine administratives

sorte qu'à bien regarder la jurisprudence comme la doctrine « nouvelles », il est difficile d'y apercevoir autre chose qu'une acceptation aussi contrainte que restreinte de cet indésirable « cumul », avec la préoccupation majeure de retarder et de dissimuler, jusqu'à la dernière extrémité et par une suprême habileté, la « volte-face » vers l'article 1384, selon les propres termes de M. Georges Renard (*Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 249).

devant l'offensive rationnelle et morale du « cumul ». *Ainsi*, d'après Maurice Hauriou, « il suffit de chercher autour de l'agent qui a commis le fait personnel ; il est bien rare qu'il n'y ait pas, autour de lui, quelque autre agent du même service : des subordonnés, des collaborateurs, des supérieurs hiérarchiques. C'est cet entourage qui aura pu commettre le fait de service concomitant... (La formule de l'arrêt *Lemonnier*) suppose que, dans un ensemble de faits, il y a un fait personnel et des faits de service qui ne sont d'ailleurs pas attribués aux mêmes agent ; il y a donc cumul des deux responsabilités à raison du même accident mais non pas cumul des deux responsabilités à raison du même fait ; cela précise le sens de la règle classique du « non-cumul », CELA NE LA DÉTRUIT PAS » (Note *Lemonnier*, Cons. d'Et., 26 juill. 1918, S. 1918-19.III.41, et N. A. H., I, p. 653). Même affirmation, et peut-être plus catégorique encore, dans la note du même auteur sous Cons. d'Et., 19 mai et 23 juin 1922, *Dourdent* et *Gaspard*, S. 1924. III.9, et N. A. H., I, p. 657 : « Le fossé creusé entre la théorie civiliste et la théorie administrative de la responsabilité DEMEURE AUSSI PROFOND. » — *Ainsi*, M. André Fliniaux (*op. cit.*, p. 354 et s., 360) n'admet le cumul en l'absence d'une telle faute de service que sous la forme de la « garantie » qui oblige la victime à discuter la solvabilité de l'agent, et non de la « subrogation », qui l'en dispenserait. *Ainsi*, on pouvait lire encore en 1932 sous la plume de M. Jean Appleton cette déclaration catégorique : « Les administrations publiques ne répondent des fautes personnelles de leurs fonctionnaires ou agents que si, par ailleurs, l'événement dommageable a eu pour cause une faute ou un mauvais fonctionnement du service » (2e note *Motsch*, précitée, au D. P. 1932.I.17, col. 1, 4°). Tout au plus est-il permis de relever, dans la note antérieure de l'éminent juriste sous l'arrêt précité Cons. d'Et., 9 nov. 1928, *Rapin*, D. P. 1929.III.2, une concession — d'une réticence savamment enveloppée — au véritable « cumul ». — *Ainsi*, M. Paul Duez reconnaît que, « après avoir versé dans la théorie du cumul intégral vers 1900,... le Conseil d'Etat a fait ensuite prudemment machine en arrière » (*R. P. P.*, p. 171). — *Ainsi*, M. Raphaël Alibert, dans sa note *Dme Mélinette* précitée (S. 1933.III.98, col. 1, § 2 ; v. *supra*, p. 184), n'accepte le « cumul » en l'absence de « toute contingence accessoire tirée du fonctionnement du service » que dans le cas du délit pénal. — Ainsi, enfin, M. Louis Trotabas a-t-il pu faire le point exact de la question du « cumul » en ces constatations qui participent de sa haute autorité : « (Le cumul) a été nettement lié dans la plupart des arrêts à la reconnaissance d'une faute de service coexistante à la faute de l'agent. Si certains arrêts ne retiennent plus expressément la faute de service, on n'est pas autorisé pourtant à dire que celle-ci n'est plus du tout retenue pour engager la responsabilité de l'Etat dans les hypothèses du cumul, car le Conseil d'Etat ne l'a jamais dénoncée en termes formels. » (*Rapport* précité *sur la responsabilité de l'Etat en droit interne français*, p. 16). Il convient d'ajouter que, dans son *Rapport général*, également précité (R. Dr. Publ., 1932, tirage spécial, p. 18 et 20), le savant professeur a franchi ce stade en admettant le véritable « cumul » (réclamé par M. Gaston Jèze) pour le « fait personnel » *même isolé*. Et cela ne signifie nullement que, selon l'objection et les propres termes de Maurice Hauriou dans sa

Or, contestera-t-on le désavantage de la situation faite à la victime, non seulement par la théorie du « non-cumul », mais aussi par ce que nous venons d'appeler le « pseudo-cumul » au regard de la garantie du maître du service qui lui est offerte en matière délictuelle (v. *supra*, p. 357) par l'application judiciaire constante de l'article 1384 Code civil ? (146). Veut-on un point de comparaison entre le « libéralisme » de la juridiction administrative et celui de la jurisprudence judiciaire ? Que l'on prenne, par exemple : d'une part, l'arrêt précité du Cons. d'Et., 15 décembre 1922, *Balaïn*, Rec. 950, et Crim., 8 décembre 1933, *Tissier* c. *Rochet*, Gaz. Pal., 1934.I.125, deux espèces — calquées sur l'autre — d'emploi abusif de l'automobile du maître du service pour l'agent (147).

On comprend, dès lors, assez bien que les défenseurs de la juridiction administrative s'efforcent de substituer, à l'ombre d'un passé gênant — et bien récent d'ailleurs — le rayonnement d'un avenir meilleur. Mais quel plus significatif hommage au mérite du droit — et du juge — civils que cette volte-face — même dissimulée nous le répétons — du juge administratif ? Suprême habileté de la juridiction administrative, avons-nous déjà observé (*supra*, p. 357) que ce montage de la distinction entre le fait de service et le fait

note *Lemonnier* précitée, « un même fait commis par un même agent serait à la fois un fait de service et un fait personnel, chose absurde ». Il n'en est ainsi que dans le système de la responsabilité — *et de la faute* (v. *supra*, p. 370) — directes de l'Etat pour fait de service, système qui, pour expliquer le « cumul intégral » — et légitime — en est réduit : soit à déclarer ainsi un même fait *à la fois de service et personnel ;* soit, par la dénaturation ci-dessus dénoncée (*supra*, p. 359, n. 90), à baptiser « *carpe — fait de service* » le « *dindon — fait personnel* ». Quant au *mobile* de cette résistance désespérée au « cumul » en cas de « fait personnel » *isolé*, il est double — comme le mobile de la résistance à la responsabilité « pour risque » (v. *supra*, p. 87 et s. ; 93 et s.) : raison de fond et raison de compétence. D'une part, on restreint le champ de responsabilité de l'Etat ; d'autre part, on la protège contre la compétence judiciaire puisque (d'après M. le commissaire du gouv. CORNEILLE, v. *supra*, p. 102) le « cumul » (comme la solidarité — et même si on l'en distingue) « ATTIRE LA COMPÉTENCE ». Et voilà également la double raison — inverse — de notre propre et constante insistance sur ce point.

(146) *La juridiction administrative traite exactement l'administré comme la juridiction judiciaire traite le demandeur qui a été de connivence avec l'agent du service dans l'abus de ses fonctions* (cf. H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 914, p. 639).

(147) Quant au cas de la responsabilité *obligationnelle*, soit contractuelle soit non contractuelle, on n'a pas oublié notre insistance sur ce point que : le défaut d'exécution de l'obligation du maître du service par le fait de son agent détermine la responsabilité du maître du service — privé comme public — plus catégoriquement encore que dans la conjoncture délictuelle, alors même qu'il s'agit d'un fait personnel — comme d'ailleurs d'un fait non fautif — de l'agent (v. *supra*, p. 357).

personnel en un mécanisme réducteur de la responsabilité de l'Etat au fait de service. Suprême habileté, mais... *quid du « libéralisme » ?*

N° 5. — La renonciation à la prescription pénale

Loyalement, nous devons reconnaître l'existence d'un point sur lequel la juridiction administrative a fait paraître un libéralisme qu'on ne saurait — encore — attendre de la juridiction judiciaire : c'est la renonciation, pour la responsabilité civile de l'Etat, à la courte prescription pénale dans le cas où le fait nocif de l'agent constitue une infraction (148).

Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 22 mai 1912, *Dme Augé-Chiquet*, Rec. 600 (149). Dans cette affaire, dont nous empruntons l'analyse à l'article précité de M. André Fliniaux (150), il s'agissait d'une action en responsabilité intentée contre l'Etat à raison du décès d'un militaire survenu au cours de l'exécution d'un travail public. Le Conseil de préfecture avait rejeté la demande en se fondant sur ce que le décès du militaire était le résultat d'un homicide par imprudence et que l'action civile née de ce délit se trouvait prescrite avec le délit lui-même. Le Conseil d'Etat réforma la décision du Conseil de préfecture par le considérant suivant :

« Mais, considérant que, si la dame *Augé-Chiquet* eût pu porter devant l'autorité judiciaire une action civile de cette nature, l'action introduite par elle devant le Conseil de préfecture en était distincte, qu'elle dérivait, non d'un délit, mais d'un dommage causé par l'exécution de travaux publics, que ces deux actions étaient soumises à des règles différentes et que la prescription opposable à la première était sans application à la seconde. »

(148) On sait qu'en vertu d'une disposition législative commune aux art. 637, 638, 640, du C. i. c. qui déconcerte aujourd'hui ses commentateurs, le défendeur en responsabilité à raison des conséquences nocives d'une infraction pénale bénéficie de la courte prescription de l'action publique. On connaît également la justification invoquée : le scandale de la constatation judiciaire d'une infraction qui ne serait plus punissable. Mais, observent MM. H. et L. Mazeaud, à qui nous empruntons ces citations (*R. C.*, II, n° 2127, p. 508, 509) « n'est-ce pas un scandale bien plus grand encore de donner une prime aux criminels ? » Non seulement le défendeur « tire parti d'avoir violé la loi pénale » — et de violer par surcroît la règle : *Nemo auditur turpitudinem allegans* — mais le demandeur se voit « contraint, pour triompher, de démontrer que la faute (de son adversaire) est moins grave (que celui-ci ne prétend), qu'elle n'est ni crime, ni délit, ni contravention ». Le moins que nous puissions dire d'un tel système de justice, c'est que, selon l'expression de M. Georges Renard (*Le droit de la prof.-pharm.*, 1924, p. 28, n. 1), « nous ne le prenons pas à notre compte ».

(149) Cf. *supra*, n. 195 de la p. 332.

(150) R. Dr Publ., 1921, n. 2 de la p. 350.

Or, quelle eût été, en pareille conjoncture, l'attitude judiciaire ? Il ne semble pas douteux — et pour deux raisons — qu'elle eût débouté la demanderesse. La première est que, si la jurisprudence judiciaire s'est — aussi — décidée à tourner par un procédé du même ordre la législation de la prescription pénale, c'est sensiblement plus tard (151). La seconde, c'est que, même aujourd'hui, elle n'en est pas — encore — à la tourner dans les cas de blessures ou d'homicide (152).

Conclusion : Sur ce point, nous le répétons, incontestable supériorité du Conseil d'Etat en libéralisme. Cela dit, toutefois, il nous sera permis de présenter deux observations.

La première est que la subtilité de l'argumentation par laquelle la face a été sauvée — et la loi tournée — dans l'arrêt *Dme Augé-Chiquet* résiste difficilement à l'examen : si l'exécution des travaux publics a causé le dommage elle n'en est que la *causa remota ;* elle n'a causé le dommage *qu'en causant le délit*, sa *causa proxima* (153). En décharge, on peut observer, il est vrai, que l'argumentation judiciaire, à peu près calquée, d'ailleurs, sur l'argumentation administrative, n'est ni moins subtile, ni moins sophistique (154). Mais on peut remarquer aussi que, si, vraiment, le Conseil d'Etat « ne se laisse pas dominer par les textes, par le respect de la loi écrite », il ne pouvait trouver plus belle occasion de le montrer qu'en présence d'une loi indéfendable qu'il aurait pu *récuser de front*, sans se soumettre *à l'obligation de la tourner par le subterfuge* d'une argumentation « spécieuse ».

Notre seconde observation visera, en général, le procédé qui consiste — précisément — à tourner une loi, erreur du législateur,

(151) Pour cette jurisprudence, v. H. et L. Mazeaud, *R. C.*, II, p. 512, n. 2; P. R. E., *Oblig.*, I, p. 908, n. 1 et 2; Gardenat et Ricci, *De la resp. civ.*, p. 235, n° 55.

(152) Cf. H. et L. Mazeaud, *R. C.*, II, n° 2149, p. 525; P. R. E., *Oblig.*, I, n° 673, p. 908.

(153) « Ce raisonnement, observent très justement MM. Gardenat et Ricci (*Resp. Civ.*, p. 236, n° 6) est *manifestement spécieux* car les principes qui régissent la responsabilité de l'Etat (sont en l'espèce) *mis en jeu par l'existence d'un fait délictueux.* » Le paralogisme est du même ordre que celui déjà par nous dénoncé (*supra*, p. 25, note) et consistant à opposer « la responsabilité pour faute » à « la responsabilité pour dommage », comme si la responsabilité *pour faute* n'était pas aussi et avant tout une responsabilité *pour dommage !*

(154) « S'il s'agit, déclare la Cour de Cassation d'une action qui, en dehors du fait délictueux, a son principe dans une autre disposition du droit civil (art. 1384 : fait des choses, et art. 1382 : dommage aux choses » — H. et L. Mazeaud, *R. C.*, I, n° 2131, p. 510; P. R. E., I, n° 673, p. 907, 908). Comme l'observent

et qui ne nous séduit que médiocrement. *L'application servile* de cette loi comme une *franche insurrection* du juge *peuvent hâter la correction* législative de l'erreur : une *respectueuse échappatoire* ne peut que la *retarder*.

Sous ces réserves, nous inscrivons en ce qui concerne les atteintes provenant du fait d'un agent et portant sur la personne d'un administré en matière de travaux publics, une supériorité — très circonscrite — à l'actif de la juridiction administrative. Ce sera la seule, et elle disparaîtra *avec l'incompréhensible inadvertance des articles* 637 *et s. du C. i. c.* (155).

N° 6. — La question du « préjudice moral »

Que la juridiction administrative, sans aller jusqu'au rejet absolu du préjudice moral, l'accueille moins largement que la juridiction judiciaire, ce point ne paraît ni contestable ni contesté (156). On peut même préciser, croyons-nous, que cette différence est particulièrement sensible en ce qui concerne la douleur physique ou morale. On vise généralement à ce sujet les arrêts classiques : Cons. d'Et., 24 mars 1916, *Epoux Quénot*, Rec. 120, et 25 juill. 1919; *Epoux Guinot*, D. P. 1920.III.1 (10e espèce), rendus sur des actions en responsabilité intentées par des parents dont les enfants avaient été victimes d'accidents mortels : « Le Conseil d'Etat, observe l'annotateur du Rec. Lebon sous l'arrêt *Quénot* précité, n'a jamais tenu compte, pour la fixation d'une indemnité, de la douleur que les parents ont éprouvée à la suite d'un accident survenu à l'un des membres de leur famille. »

ces auteurs (H. et L. M., n° 2133, p. 513; P. R. E., *loc. cit.*), « c'est alors prétendre que *les art.* 637 *et s. n'ont aucun sens* ».

(155) La procédure législative en est encore au stade du « Comité judiciaire de législation » (V. *Gaz. Pal.* du 21 janv. 1931). Peut-être serait-elle plus avancée si l'on avait *appliqué* — ou *refusé d'appliquer* — mais *non tourné* — la loi.

(156) « Le Conseil d'Etat, note M. Paul Duez (*R. P. P.*, p. 65), à la différence des tribunaux judiciaires, est assez hésitant à réparer *pécuniairement* le dommage *moral*. Et il préfère souvent accorder au requérant la satisfaction de principe d'une *censure doctrinale* renforcée en mettant simplement *les dépens* à la charge du patrimoine administratif. » Comme exemples de cette « censure doctrinale », l'auteur cite les arrêts : Cons. d'Et., 12 juill. 1912, *Abbé Perpère*, Rec. 811; 18 juill. 1919, *Abbé Brunet*, Rec. 650. Il convient d'y ajouter l'arrêt *Demoreuil* (v. ci-après). Pour le relevé et l'appréciation de la jurisprudence administrative en matière de « préjudice moral », v. tout particulièrement : Maurice Hauriou, note sous Cons. d'Et., 1er juill. 1927, *Demoreuil*, au S. 1927.III.105; Louis Trotabas note sous le même arrêt au D. P. 1928.III.21, et *Rapport* précité *sur la Responsabilité de l'Etat en droit interne français*, p. 19.

Or, en regard de ce principe on peut citer entre une infinité, comme décision judiciaire type, cet arrêt rendu par la cour d'Amiens, le 17 novembre 1931, sous la présidence de M. le premier président Mazeaud (S. 1932.II.218) et posant, tout au contraire, le principe du « droit à des dommages-intérêts proportionnés au préjudice moral dont le demandeur a souffert *par suite de la douleur que la mort de la victime lui a causée* ».

Sur quel motif s'appuie donc cette jurisprudence restrictive de la juridiction administrative à l'égard de la réparation du préjudice moral causé par des agents administratifs de l'Etat ? Les deux arrêts précités nous l'indiquent : « le dommage matériel est le seul qui soit susceptible d'être évalué en argent. » Or, pour les raisons que nous allons voir dans un instant, cette considération est aujourd'hui discréditée judiciairement entre particuliers... *Quid* entre un particulier demandeur *et l'Etat* défendeur en responsabilité ? (157)

Pour revaloriser l'argument en cette conjoncture, M. Louis Trotabas, dans sa note magistrale *Demoreuil* précitée, s'est référé, en une pénétrante analyse, au principe de « l'égalité des charges publiques ». Mais, d'une part, cette très séduisante justification de la résistance opposée par le Conseil d'Etat à la réparation pécuniaire du préjudice moral implique, précisément, l'adhésion au principe de « l'égalité de répartition des charges publiques » *comme fondement de la responsabilité de l'Etat*, et nous ne pouvons que nous reporter à nos précédentes explications sur ce point (*supra*, Introd., p. 81 et s.). D'autre part, la question est précisément de savoir si, même — et surtout — pour l'Etat, « le droit en est encore à la période où seules les valeurs matérielles comptaient à ses yeux » (158), si « toute protection sera refusée justement dans le cas où cette protection est la mieux justifiée » (159), si « le moyen de défense donné par le droit au faible contre le fort » (159) n'est pas dû, A FORTIORI, par ce « fort » : l'Etat, aux victimes de ses services, de sa « force ».

Aussi bien, si l'argument de *l'impossibilité d'évaluation en argent* ne semble pas pouvoir, au regard même de l'Etat, être relevé de sa caducité entre particuliers, ne serait-ce pas — inversement — que

(157) Cette question n'est pas la seule à se poser. N'a-t-elle point sa réciproque, son pendant, qu'il convient de ne pas négliger : *Quid* entre l'Etat *demandeur* et un particulier *défendeur* en responsabilité ? — C'est ce que nous ne manquerons pas de voir dans un instant (*infra*, n. 173 *in fine* de la p. 383).

(158) P. R. E., *Oblig.*, II, 1931, n° 857, p. 163.

(159) H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I, n° 315, p. 271. Voir les belles pages 268 à 272.

les raisons de cette caducité sont aussi opérantes à l'égard de la personne publique qu'entre personnes privées ? Il suffit, pour en juger, de les examiner rapidement.

Si, comme le déclare M. Georges Ripert (160), la réparation pécuniaire du préjudice moral était d'ordre purement « répressif », elle ne saurait, à la vérité, se concevoir à l'égard de l'Etat (161), mais seulement à l'égard de l'administration disciplinairement et moralement responsable envers l'Etat et le public. Mais MM. H. et L. Mazeaud font, au contraire, observer — et, à notre avis plus justement — que cette nuance pénale n'intervient qu' « à titre accessoire » (162) : absolument, ajouterons-nous, comme dans le cas, même, du préjudice « matériel », où la « condamnation » à une indemnité n'est pas moins sensible, n'est pas moins pénible au « condamné » (163).

Or, si elle est pénible ce n'est pas seulement — et ce n'est d'ailleurs pas toujours (164) — en tant que « sanction » morale. C'est encore — et c'est toujours — parce que l'argent, les biens matériels, *ne signifiant rien par eux-mêmes, mais seulement comme* MOYENS *de cette* FIN : *préserver notre sensibilité de divers ordres de souffrances* (165), la condamnation pécuniaire — absolument comme le dommage matériel qu'elle compense pour cette raison — constitue *une cause éventuelle de souffrance*. Cette observation met en relief le paralogisme qui consiste à n'accueillir le préjudice

(160) *La Règle morale dans les obl. civ.*, 2e éd., 1927, n° 183, 4°, p. 364.

(161) Parce que, nous ne saurions trop le répéter, aucune juridiction *de l'Etat* ne pourrait se permettre de *réprimander l'Etat* (Cf. *supra*, p. 287 et s.).

(162) *R. C.*, I, n° 314, p. 270.

(163) De même, on voit difficilement pourquoi, malgré la correspondance verbale de l'épithète équivoque : « morale », la « réparation *morale* », c'est-à-dire : la proclamation de la violation du droit, *serait plutôt suffisante* pour le « préjudice *moral* » que pour le préjudice « *matériel* ». C'est en quoi nous apparaît la pétition de principe du refus de compensation pécuniaire du préjudice moral.

(164) Nous visons par cette réserve le cas de la responsabilité sans faute, de la simple « garantie » (v. Introduction, *supra*, p. 21 et s.).

(165) De même que *la propriété est pour le propriétaire — qui n'est pas pour elle*. Et cependant le Droit administratif a plus d'égards pour la propriété que pour le propriétaire (v. *supra*, p. 156, n. 43). Le rejet du préjudice moral s'apparente avec la « tendance exaspérée » dénoncée par M. Julien BONNECASE (*Supplém.*, t. I, 1924, n° 406, p. 618) « tendance issue d'une certaine conception.. qui voudrait BANNIR DE CE MONDE LES PERSONNES AU PROFIT DES CHOSES » — alors que, selon M. Gaston MORIN, dans son article magistral : *L'abus du droit*, Rev. Métaph., 1929, p. 274 : « Nous assistons aujourd'hui à un renversement dans la hiérarchie des valeurs juridiques : LA VALEUR CHOSE TEND A NE PLUS L'EMPORTER SUR LA VALEUR PERSONNE. L'HOMME RÉEL APPARAÎT SUR LA SCÈNE DU DROIT. Il est protégé sans que l'on prenne en considération s'il est, ou non, propriétaire... »

moral *qu'à la faveur et dans la mesure* de ce qu'on pourrait appeler sa *matérialisation* (166), alors que, précisément, selon une frappante remarque, un dommage matériel « ne nous touche qu'en tant qu'il nous cause une souffrance » (167). Ainsi, bien loin que le dommage « non économique » n'appelle pas une réparation pécuniaire, *c'est lui qui est au fond du dommage « économique », et qui en justifie la réparation.*

« Les larmes, dit-on — ou, plutôt, disait-on — ne se monnayent pas. » ...Alors ? ...Le talion ?

« Réparer » un dommage observent, d'ailleurs, MM. H. et L. MAZEAUD (*R. C.*, I, n° 315, p. 269), ce n'est pas seulement refaire ce qu'on a détruit, œuvre souvent impossible à réaliser ; c'est aussi donner à la victime la possibilité de se procurer des *satisfactions* équivalentes à ce qu'elle a perdu ; *elle est libre de les chercher où il lui plaît.* Le véritable rôle des dommages-intérêts est un rôle « satisfactoire ». Comment ceux qui le nient peuvent-ils expliquer les textes des Codes qui autorisent la victime à demander des dommages-intérêts *en réparation d'un préjudice ineffaçable* » ?

Dans le même sens, l'auteur d'une remarquable thèse (168) précise :

« Grâce à *deux phénomènes :* l'un d'ordre psychologique (*équilibre des sensations*), l'autre d'ordre économique (*valeur d'échange de la monnaie*), les dommages-intérêts pourront, vis-à-vis des préjudices moraux, accomplir leur fonction *satisfactoire...* » (169).

Nous opposera-t-on que la responsabilité de l'Etat n'est pas toujours délictuelle et, que, pour lui comme pour les particuliers, la responsabilité obligationnelle (soit envers les contractants, soit envers les usagers non contractuels) du préjudice moral doit être au moins justiciable de la restriction pratiquée par la jurisprudence civile ? A cette objection, nous avons déjà répondu (*supra*,

(166) C'est la théorie de M. Georges TEISSIER : « Le plus souvent, le discrédit moral a une répercussion très directe, très certaine, sur la carrière, la fortune ou la clientèle de ceux qui en sont frappés » (*R. P. P.*, n° 214) — et c'est aussi celle du Conseil d'Etat, par exemple dans l'arrêt Epoux *Guinot* précité... *Comme la résistance au « cumul »* (v. *supra*, p. 374 et n. 145), *la résistance au préjudice moral a sa ligne de repli, son retranchement : le* « PSEUDO-PRÉJUDICE MORAL », *pendant du « pseudo-cumul »* — comme la « *pseudo-faute* » objective est *le retranchement* de la résistance au « *risque* » (cf. *supra*, p. 87, n. 232 et p. 78, n. 206).

(167) *P. R. E.*, I, n° 546, p. 752.

(168) Armand DORVILLE, *De l'intérêt moral dans les obligations. Sur le principe de réparation pécuniaire des dommages non économiques.* Thèse Paris, 1901, p. 372.

(169) Il nous sera enfin permis de remonter à la *ratio scripta : « Placuit prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam »* (Loi 54, 17-1).

n. 56 de la p. 30) par la condamnation — et même la contestation — doctrinales de cette restriction. La thèse que nous venons de citer a précisément pour objet la discussion de ce que l'auteur appelle « l'obstacle mis arbitrairement à la réparation du préjudice moral en matière de responsabilité contractuelle » (170) et elle se corrobore de cette observation de M. René Demogue (171) :

« On peut dire que les raisons qui valent pour obliger à réparer le dommage moral extra-contractuel valent ici... Nous nous contenterons de dire que *le système qui se limite à la réparation du dommage économique conduit à des résultats inacceptables*... On arriverait ainsi à refuser toute réparation au déposant, au mandant, si le dépositaire ou le mandataire détruit des papiers et souvenirs de famille sans valeur pécuniaire. »

En quoi cet ensemble de considérations opérantes à l'égard du préjudice moral causé par un particulier ne le seraient-elles pas, *a contrario*, pour le préjudice moral causé par les agents de l'Etat? C'est... au contraire... par un A FORTIORI que nous paraissent s'imposer à cette personne *souverainement morale* : l'Etat (172), l'insuffisance de la réparation *seulement... morale* du préjudice *moral* (173), la « nécessité compensatoire incluse » en toute atteinte — et encore *a fortiori* — en la souffrance causée à un être humain. Et c'est pourquoi la méconnaissance — sinon absolue, du moins relative — de cette nécessité par la juridiction administrative ne saurait être par nous inscrite à l'actif de son libéralisme (174) (174 *bis*).

(170) *Op. cit.*, p. 373, 374.
(171) *Oblig.*, VI, 1932, n° 261, p. 293, 294.
(172) V. *supra*, p 265.
(173) V. *supra*, n. 163 de la p. 381. — On peut encore en référer *à l'absurde:* dans le cas d'un accident complexe, comme celui de l'affaire *Rosay* (v. *infra*, p. 389), engageant envers la victime les responsabilités conjointes de l'Etat et d'un particulier, exonèrera-t-on celui-ci du préjudice moral parce qu'une bonne fortune lui a donné un agent de l'Etat comme coauteur? *A l'humour:* la circul. minist. (Guerre) n° 918-C/10 du 26 févr. 1934 (« *France Militaire* » du 20 mars) pose que : « l'administration est en droit d'envisager... réparation du préjudice, *même moral*, qu'elle estime lui avoir été causé » — alors que ce droit est refusé à l'homme réel, SENSIBLE. Seulement *morale* pour *l'homme*, la réparation du préjudice *moral* serait *matérielle* pour la personne *morale!*... (Cf. *supra*, n. 163 de la p. 381).
(174) En particulier, lorsque, comme l'observe justement dans sa note précitée, Maurice HAURIOU pour l'affaire *Demoreuil* (N. A. H., I, p. 663, al. 3 et 4), le préjudice *prétendu moral* comprend une perte *matérielle* d'argent — et de temps — qui est encore de l'argent. Et compte-t-on pour rien le scandale d'une saisie publique, le « discrédit moral » que M. Georges TEISSIER lui-même (v. *supra*, n. 166 de la p. 382) considère comme ayant une répercussion matérielle.
(174 *bis*) Aussi bien, ce qui nous importe ici, en définitive, c'est moins la question de la légitimité en soi de la réparation effective du préjudice moral, que l'opposition incontestable à cet égard entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire.

N° 7. — L'évaluation du préjudice matériel

« *Le droit, c'est la croyance chiffrée.* »
Emmanuel LÉVY.
(Discours inséré dans le *Droit ouvrier*, 1925, n° 2, p. 67).

La question de la mesure — *quantum* — est-elle très différente de celle des conditions — *num* — de la responsabilité ? Comment une juridiction, là si rigoureuse, se montrerait-elle si large ici ? Prétendrait-on que le Conseil d'Etat reconnaît moins facilement la responsabilité de l'Etat pour la « chiffrer » plus largement ?

De toute évidence, la comparaison des « chiffres » de deux juridictions est aussi difficile que fallacieuse. Elle n'est strictement légitime que pour une même cause, entre les mêmes parties et à raison des mêmes faits. Ce n'est donc que sous toutes réserves que, touchant, par exemple, la perte d'un enfant tué accidentellement, nous relevons, en regard d'un arrêt de la Cour de Paris (rapporté dans le journal « *Le Temps* » du 19 novembre 1927) allouant *à la mère* d'un « jeune comptable » une somme de 162.000 francs, les arrêts précités Cons. d'Et., 24 mars 1916, EPOUX QUÉNOT (D. P. 1922.III.23) allouant aux parents d'un soldat une somme de 10.000 francs (soit, avec l'indice 5 de comparaison : 50.000 francs) ; Cons. d'Et., 25 juillet 1919, EPOUX GUINOT, allouant aux parents d'une jeune « employée au Crédit Lyonnais » une somme de 15.000 francs (soit, avec l'indice, 75.000 francs) (175). En regard, toutefois, des affirmations qui présentent, en termes généraux et sans autre précision, la juridiction administrative comme « plus large » que la juridiction judiciaire, nous avons à signaler, sur ce point précis de l'évaluation du préjudice, deux constatations éminemment autorisées. Les voici :

(175) Cependant, lorsque nous voyons : une jeune fille victime d'un accident « dont le résultat *peut* entraîner des difficultés graves *en cas de* maternité », obtenir de la Cour de Paris 30.000 francs de dommages-intérêts (« *Le Temps* » du 5 février 1926) — une artiste dramatique, victime d'un accident ayant nécessité « le sacrifice de sa chevelure » et l'ayant, « pendant assez longtemps » éloignée de la scène, obtenir, du tribunal civil de la Seine, une somme de 125.000 francs (« *Le Temps* » du 20 janvier 1929) — un ingénieur obtenir de la Cour de Lyon, pour amputation d'une jambe, une somme de 120.000 francs (« *Le Temps* » du 28 décembre 1928) — quatre enfants, dont le père et la mère ont été tués par la faute d'un garde-champêtre, obtenir du tribunal civil d'Arras une somme de 663.329 francs (« *Le Temps* » du 9 décembre 1926) — il nous semble permis de douter que, dans les mêmes circonstances, de tels chiffres (comprenant, il est vrai, « le préjudice moral ») eussent été atteints par la juridiction administrative.

Maurice HAURIOU (176) : « Sans doute, l'indemnité (allouée par la juridiction administrative) *est moindre* que celles allouées par les tribunaux judiciaires dans les relations de la vie privée, mais, si ces tribunaux devenaient compétents pour les indemnités dans les relations de la vie administrative, rien ne dit qu'ils ne seraient pas conduits, eux aussi, à en abaisser le taux... Certains hommes d'affaires, frappés des lacunes qui subsistent dans la jurisprudence administrative sur les responsabilités, et aussi du chiffre *relativement modique* des indemnités allouées, professent que, pour les parties, il serait plus avantageux d'avoir affaire aux tribunaux judiciaires. Nous ne croyons pas qu'ils aient envisagé tous les aspects de la question, surtout en ce qui concerne le chiffre des indemnités. Les tribunaux judiciaires, tout comme le Conseil d'Etat, ne tarderaient pas à se rendre compte qu'il y a lieu de ménager le budget de l'Etat. »

Ce que *feraient* les tribunaux judiciaires — et s'ils renieraient la tradition qui est leur honneur en s'inspirant d'une autre considération que celle de la justice — nous l'ignorons. Mais ce que nous retiendrons, c'est la reconnaissance, par un des plus illustres partisans de la compétence administrative, de ce qu'ils *font actuellement* — et cela seul est ici pertinent.

D'autre part, traitant de l'arrêt Cons. d'Et., 8 février 1924, *Raymond*, S. 1926.III.17, M. Delpech observe :

« L'une des moralités pratiques de l'affaire semble être que, si la victime de l'accident se fût adressée au ministre et au Conseil d'Etat...., « l'administration » aurait été « condamnée à payer » une indemnité *minime*, *moindre en tout cas* que celle évaluée par la Cour d'appel, avec la générosité que détermine, à tort ou à raison, chez les tribunaux de l'ordre judiciaire, la perspective du paiement ultime par les assureurs » (177).

Il nous sera permis de tenir ces deux hauts témoignages pour aussi peu négligeables que peu suspects.

N° 8. — La qualité d'ayant droit

A cet égard, une citation de trois lignes nous suffira :

« La liste *illimitée* des personnes recevables à agir (en responsabilité civile) d'après la Cour de Cassation *se réduit*, devant le Conseil d'Etat, au conjoint et aux parents en ligne directe » (178).

N° 9. — La procédure de renvoi au « ministre »

On connaît l'artifice de *procédure* du Conseil d'Etat — non exempt de répercussion sur le *fond* — et qui consiste, en présence

(176) Dans sa note précitée sous les arrêts Cons. d'Et., *Espitalier*, *Bodson*, et *Demoreuil*, au S. 1927.III.105, § IV et N. A. H., I, p. 662 et 667.

(177) *De la resp. envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables*, Mélanges Hauriou, note 2 de la p. 200, *in fine*.

(178) Henri LALOU, note sous Cons. d'Et., 12 déc. 1930, *Delle Richter*, D. P. 1930.III.71 (1), *in fine*.

d'une réclamation chiffrée contre une décision ministérielle de rejet, à ne statuer que *sur le principe* de la réclamation et — parfaite anomalie — à renvoyer encore le requérant devant le Ministre pour « *liquidation de l'indemnité* ». Exemple : Cons. d'Et., 21 mai 1920, *Colas* (Cuirassé « *Liberté* ») Rec. 530.

Or, d'abord, la formule bénéficie d'une équivoque, habile mais fallacieuse, entre la « liquidation » *de la dépense publique*, simple opération de *comptabilité publique*, qui appartient bien au ministre, et la « liquidation » *de l'indemnité*, c'est-à-dire de l'évaluation du préjudice, qui est *œuvre de justice*.

Ensuite, point n'est besoin d'être grand clerc pour prévoir que le ministre, ayant d'abord répondu par « zéro », s'empressera de « liquider » — c'est le cas de le dire — « au plus bas prix ». D'où, pour les requérants, cette alternative : ou passer par ces fourches caudines, ou revenir encore devant le Conseil d'Etat. Si l'on considère que — précisément dans l'espèce — la première instance a déjà duré huit ans, on ne voit guère les malheureuses victimes s'engager dans les frais d'une nouvelle guerre de huit ans. Et ce n'est certes pas le déni de justice, mais ce n'en est peut-être pas très différent...

Ainsi semble-t-il encore difficile de porter cette procédure à l'actif du libéralisme de la juridiction administrative.

N° 10. — La manière de motiver — ou plus exactement... de ne pas motiver

> « *Toute décision juridique doit être une véritable et sérieuse démonstration et non point un oracle ou façon d'oracle.* »
>
> J.-B. Coulon (*Questions de droit*, Paris, 1853, Préface, p. 1).

On n'ignore pas davantage que la forme des arrêts du Conseil d'Etat se caractérise par une concision « sibylline » — et impériale : « *imperatoria brevitas* ». Ces qualifications sont empruntées à M. Jean Appleton (*Traité*, n° 240, p. 449) ainsi que l'aveu suivant (*ibid.*, n° 186, p. 334) :

> « Le Conseil d'Etat a souvent eu une tendance à motiver ses arrêts d'une façon très brève, parfois sibylline. »

A cet égard, les formules typiques — et magiques — sont les suivantes : « faute du service », ou « faute grave », ou « dommage », ou même « circonstance »

« engager (ou non) la responsabilité de l'Etat » (179)
et encore :

« DANS LES CIRCONSTANCES OÙ »

« cet accident s'est produit »... (180).

Or, un jugement ainsi rédigé

« *sans faire connaître les circonstances qu'il considère comme exclusives de faute* »

est cassé par la Cour Suprême (181).

Mieux encore, si l'on se reporte au conflit négatif : Tr. Confl., 7 déc. 1907, *Vauriot* c. *Crouzet*, on voit le Conseil d'Etat (8 mars 1907), sur le premier point de son arrêt (question de « faute personnelle »), se dispenser de tout motif, alors que le Tribunal des Conflits, lui-même, motive, au contraire, sa décision au prix d'une remarquable analyse des faits de la cause.

Ainsi, ce devoir primordial du juge, auquel se soumettent et la Cour Suprême et le Tribunal des Conflits lui-même, le Conseil d'Etat ne s'y juge pas soumis

« La Cour de Cassation, écrit un des plus grands maîtres du Droit administratif au siècle dernier, SERRIGNY, expose presque toujours les raisons détaillées des solutions qu'elle adopte : on voit *qu'elle veut convaincre ceux qu'elle juge.* Le Conseil d'Etat, au contraire, ne donne presque jamais de motifs développés des arrêts qu'il prononce : IL DÉCIDE LA PLUPART DU TEMPS LA QUESTION PAR LA QUESTION » (182).

Comment, dès lors, ne pas évoquer ici ce nouveau passage des *Questions de Droit* de J.-B. Coulon (Paris, 1853, p. 25) :

« Que de fois, pourtant, dans les livres et dans les arrêts, soit *pour se donner le mérite d'une concision bien facile à ce compte,* soit pour autres motifs, on se permet de *trancher la question par la question,* même plus ou moins retournée

(179) Cons. d'Et., 15 mars 1918, *Baudelet*, Rec. 259; 14 juin 1918, *Vve Carré*, Rec. 590; 20 juin 1919, *Vallet*, Rec. 534; 31 oct. 1924, *Cotte*, Rec. 839 : « aucune faute DE NATURE A... »; 1er mai 1925, *Coulon*, Rec. 417; « aucune faute GRAVE DE NATURE A... »

(180) Cons. d'Et., 16 mai 1902, *Falguière*, D. P. 1904.III.10. Le chef-d'œuvre du genre nous a paru être l'arrêt *Manquest*, du 13 mai 1921, Rec. 488, qui, au sujet d'une jeune fille écrasée par un véhicule militaire dont le palonnier l'avait accrochée, s'exprime ainsi : « Considérant qu'il résulte de l'instruction (administrative — naturellement), que, DANS LES CIRCONSTANCES où il s'est produit, l'accident survenu à la fille du requérant ne peut être attribué à un FAIT DE NATURE A engager la responsabilité de l'Etat. »

(181) Civ., 22 nov. 1910, D. P. 1912.I.493.

(182) D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, t. I, 1865, p. VI.

quant à l'expression — « *Opium facit dormire...* » — ou par des mots plus ou moins vides de sens, ou par des suppositions, *par de prétendus principes* mis en avant comme tels, mais sujets eux-mêmes à dénégation et controverse » (185)

Et pourquoi, de la part du juge administratif, cette justice énigmatique, rendue « au nom du Peuple français » qui parle — et qui aime qu'on lui parle — clair ? « Pour se réserver, explique M. Jean Appleton (*Traité*, n° 186, p. 334), la possibilité de progresser sans paraître se contredire ». Ainsi, pour la juridiction administrative — et pour elle seule — l'incohérence serait la condition du progrès ? Quoi qu'on en pense, ce n'est pas encore, apparemment, cette attitude à l'égard de l'obligation primordiale du juge : LE MOTIF, cette manière de se soustraire ainsi à tout contrôle du justiciable et du « Peuple français », alors que, nous l'avons vu, la juridiction judiciaire — et même le Tribunal des Conflits — *ne se le permettent pas*, qui pourra être retenue comme un titre de libéralisme.

N° 11. — L'appréciation des faits de la cause

Ex facto jus oritur : à la base même du *droit*, est le *fait*. Et la diction du droit — *jurisdictio* — vaudra ce que vaut l'appréciation, par le juge, du fait soumis à son jugement pour y appliquer le droit. On s'explique, dès lors, que nous ayons réservé comme point capital de sondage du libéralisme de la juridiction administrative la question de l'appréciation même des faits.

La solution de cette question ne présentera-t-elle pas, pour les mêmes raisons, les mêmes difficultés que celles que nous avons rencontrées pour la question de l'évaluation du préjudice matériel (v. *supra*, N° 7, p. 384) et qui tiennent à la nécessité de procéder à une confrontation des deux jurisprudences administrative et judiciaire sur les éléments identiques d'une même cause ? Non — et voici pourquoi. Une disposition législative que nous avons déjà eu lieu d'évoquer (*supra*, p. 308, n. 123) et dont nous avons réservé l'examen pour la fin de cette étude (v. *infra*, p. 416), la loi du 20 avril 1932, en déférant au Tribunal des Conflits un litige déjà

(183) Un exemple de « prétendu principe » est fourni par le célèbre arrêt *Lepreux* (Cons. d'Et., 13 janv. 1899, S. 1900.III.1) : « Considérant qu'il est *de principe* que l'Etat n'est pas, en tant que puissance publique (donc : *en tant que lui même!*)... responsable de la négligence de ses agents... ». Et d'autant plus prétendu que, six ans plus tard... il n'était plus... *et sans que son abandon fût davantage expliqué que son érection* (Arrêt *Tomaso Greco*, Cons. d'Et., 10 févr. 1905, S. 1905.III.113).

examiné par la juridiction administrative et par la juridiction judiciaire, a précisément rendu cette confrontation possible, et cette possibilité vient de se réaliser, comme nous avons eu l'occasion de l'indiquer (*supra*, p. 308, n. 123), dans la première cause bénéficiaire de ce nouveau régime : l'affaire *Rosay* (Tr. Confl., 8 mai 1933, S. 1933.III.117, Gaz. Trib., 14-15 juin 1933 et D. H. 1933, p. 336) (184). Voici comment :

Un sieur *Rosay* avait été accueilli gracieusement dans une automobile conduite par son propriétaire, un sieur *Bornon*. Au moment où cette voiture s'engageait, par un virage à gauche, sur une voie coupant celle qu'elle suivait et de même catégorie, elle a été heurtée par une automobile militaire transportant le général *Duchesne*, commandant la 3e Région et conduite par un chauffeur militaire. Le sieur *Rosay* fut grièvement blessé. La Cour de Rouen ne relevant aucune faute à la charge du sieur Bornon et écartant l'article 1147 C. civ. (responsabilité contractuelle du transporteur) en raison de la gratuité du transport, mais jugeant, au contraire, la collision exclusivement imputable à la faute du conducteur de l'automobile militaire, avait débouté M. *Rosay*. Le Conseil d'Etat, pour le motif « qu'il résultait de l'instruction » que l'accident était imputable à une faute commise par le sieur *Bornon*, avait également débouté le demandeur. Le Tribunal des Conflits faisant — nécessairement — état de l'enquête du tribunal d'Yvetot se voit amené à reconnaître que le conducteur militaire : 1° avait abordé un carrefour à vive allure sans signaler suffisamment son approche; 2° n'avait pas cédé le passage au conducteur venant de sa droite. Il relève, par contre, à la charge du sieur *Bornon*, la faute d'un virage trop court. Sur quoi, déclarant répartir la condamnation « suivant la gravité des fautes respectives », il décide « que dans l'espèce, la répartition peut être faite par moitié ».

(184) A la vérité, la possibilité de la comparaison entre les deux manières administrative et judiciaire de juger une même cause est indépendante de son jugement par une troisième juridiction : le Tribunal des Conflits, et, partant, de la loi du 20 avril 1932. Mais ce que cette réforme a permis, c'est, nous le répétons, *la confrontation juridictionnelle* des deux justices. Par la série des litiges dont l'affaire *Rosay* a été le dernier (v. *infra*, p. 419), on savait déjà que la position du Conseil d'Etat était pour l'Etat — ce qui ne corrobore pas précisément certaines énonciations sur sa rigueur à l'égard de l'Etat (v. *supra*, p. 341 et s.) — mais l'arrêt *Rosay* est venu *juger cette manière de juger*. D'un mal, peut sortir un bien. La solution donnée le 20 avril 1932 à la question du « déni de justice » — et qui nous inspirera de graves réserves — aura, du moins, fourni un témoignage aussi décisif qu'édifiant des avantages que présente, pour le justiciable, la justice administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat.

De cette décision, il ressort que le Tribunal des Conflits *s'est trouvé dans l'obligation de relever une faute multiple et lourde d'un agent administratif de l'Etat catégoriquement innocenté par le Conseil d'Etat* (185). Ainsi, la première fois qu'une décision du Conseil d'Etat a pu, grâce au véritable appel que constitue l'évocation instituée par la loi du 20 avril 1932, être contrôlée par une juridiction supérieure, elle a été reconnue favorable à tort à l'administration et à l'Etat. Est-ce en cela que « le Conseil d'Etat est le meilleur juge contre l'Etat » (*supra*, p. 343) ? — « le principal gardien des droits individuels contre l'administration » (*supra*, p. 344) ? A toute cette apologie dont nous n'avons rapporté qu'une anthologie, ce simple fait : l'arrêt *Rosay* s'est chargé de répondre. Avec la cause du sieur *Rosay*, s'était jugée celle du plus grand libéralisme de la juridiction administrative.

N° 12. — L'argument de jurisprudence comparée (anglo-américaine et belge)

Nous terminerons enfin ce tour d'horizon du « libéralisme » de la juridiction administrative par l'examen de l'argument, à la vérité impressionnant, qui consiste à prendre comme terme de comparaison la jurisprudence judiciaire des pays non dotés d'une juridiction administrative, particulièrement la jurisprudence anglo-américaine et la jurisprudence belge. Examinons-les donc successivement.

(185) Nous objectera-t-on que, symétriquement, le Tribunal des Conflits a mis aussi une faute à la charge du conducteur civil, alors que celui-ci avait été innocenté par le Tribunal civil d'Yvetot, et plus catégoriquement encore par la Cour de Rouen jugeant que « la collision était exclusivement imputable à la faute du conducteur de l'automobile militaire » ? Nous relèverons, d'abord, la grave atteinte ici portée à ces assises constitutionnelles de notre organisation judiciaire : la règle du double degré de juridiction et l'autorité souveraine de la chose jugée en fait par la juridiction d'appel (sur l'aveu de cette anomalie de la loi du 20 avril 1932, v. *infra*, p. 421). Puis, nous observerons que, même étant admis que, contrairement à ce jugement d'un tribunal civil et à cet arrêt d'une cour d'appel, le conducteur civil a réellement commis une faute ayant concouru avec celle du militaire à la collision, l'erreur même de la double décision judiciaire imputant la responsabilité entière de l'accident à l'Etat — déchargé à tort par le Conseil d'Etat — n'en apparaît que plus significative pour l'appréciation de la prétendue timidité de la juridiction judiciaire et de la prétendue rigueur de la juridiction administrative à l'égard de l'administration et de l'Etat. Que, par ailleurs, le Tribunal des Conflits ait cru devoir mettre les deux conducteurs sur le pied d'égalité en « faisant la répartition de l'indemnité par moitié », c'est une question sur laquelle nous aurons lieu de revenir (*infra*, p. 422, n. 255) avec l'étude de la loi du 20 avril 1932.

I. — Sans revenir sur la comparaison de la jurisprudence judiciaire anglo-américaine et de la jurisprudence administrative française, qui forme, on s'en souvient, le fond de l'article précité (*supra*, p. 344 et n. 42) de M. James W. Garner et la péroraison de la note *Dame Mélinette* également précitée (*supra*, p. 184, n. 112) de M. R. Alibert, voici ce que nous croyons pouvoir y répondre.

Si la légitimité d'une confrontation entre les décisions de deux juridictions différentes est subordonnée, sinon à l'identité absolue, du moins à l'analogie approximative des causes, des parties, des faits, comment n'exigerait-elle pas, au premier chef, celle des pays et de leur mentalité ? L'irresponsabilité (186) de l'Etat anglais et américain est-elle imposée aux justiciables par la justice anglaise et américaine — ou à celle-ci par la mentalité anglaise et américaine ?

« En France, écrivait récemment l'auteur d'un article documentaire (187), un médecin dissimule toujours au malade les vérités inquiétantes. Jusqu'à l'ultime seconde, il lui verse l'espoir, il met son honneur à l'illusionner. Or, en Angleterre, il n'hésite pas à dire :

— « Sir, votre mal est incurable, je ne puis vous garantir plus de deux mois d'existence ».

Est-ce au corps médical anglais — ou à la mentalité anglaise — que doit être rapportée cette coutume ? Et si, comme l'indique l'auteur, « le docteur qui s'en départ peut être poursuivi devant les tribunaux par la famille », la rapportera-t-on à la juridiction anglaise ?

« Passé le Channel, poursuit-il, beaucoup de coutumes s'opposent aux nôtres plus violemment encore que celle-là... ».

Dans le nombre, ne faudrait-il pas comprendre, selon les propres termes de M. James W. Garner : « le principe juridique » — ET NON PAS : JUDICIAIRE (188) — « que l'Etat n'est pas responsable » (v. *supra*, p. 344), ainsi que « l'ancienne maxime anglaise : « *Le roi ne peut mal faire* » (cf. *supra*, p. 308), dont « l'immunité de l'Etat est une *survivance historique* » (*op. cit.*, p. 363) ?

(186) Ou, plus exactement, la restriction de la responsabilité.

(187) J. JOSEPH-RENAUD, *Quelques usages anglais*, Journal « Le Matin » du 2 déc. 1933, p. 1, col. 1.

(188) Encore qu'il s'agisse d'un droit « fait » — dans une certaine mesure — « par le juge ».

II. — Telle qu'elle nous paraît ressortir d'une étude magistrale de M. Louis Trotabas sur le discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de Liége, le 1er octobre 1923, par le procureur général A. Meyers (189), la jurisprudence judiciaire belge en matière de responsabilité civile de l'Etat s'opposerait à notre jurisprudence administrative par les trois traits caractéristiques ci-après :

a) Irresponsabilité de l'Etat en tant que « Puissance publique » ;

b) Même pour l'Etat « personne civile », attachement à la responsabilité pour faute de l'agent et hostilité hermétique à l'égard de la théorie « du risque » ;

c) Tendance à la mise en cause personnelle des agents administratifs à raison de faits non personnels — et partant non imputables à leurs auteurs — au regard de la jurisprudence administrative française.

Or, ces trois points nous paraissent respectivement justiciables des observations suivantes :

a) L'admission de la responsabilité de l'Etat « Puissance publique » — ou, ce qui revient au même, l'abandon de la distinction entre « l'autorité » et la « gestion » — par la jurisprudence administrative française ne se perd pas dans la nuit des temps. Le célèbre arrêt *Lepreux* proclamant l'irresponsabilité de l'Etat « en tant que puissance publique » est de la fin du siècle dernier (190), et c'est seulement en 1905 que le non moins retentissant arrêt *Tomaso Greco* (191) vint renverser cette jurisprudence sur les belles conclusions du commissaire du gouvernement Romieu. Ainsi fit, pour la jurisprudence belge, l'arrêt obtenu, le 5 novembre 1920, de la Cour de Cassation belge (Pas. 1920.I.293) par la science et la fermeté juridiques non moins admirables du procureur général Paul Leclercq. — Sans doute, objectera-t-on, mais quinze ans plus tard. Et si, dans son discours précité de 1923, le procureur général Meyers semble se résigner à ce revirement, son discours de 1921 l'avait amèrement regretté (192). — Mais qu'est-ce que cela prouve ? A notre avis, ceci : que l'évolution du sentiment public français s'est manifestée quinze ans plus tôt en la personne de M. Romieu

(189) *De la responsabilité civile de l'Etat et des administrations publiques du fait de leurs agents*, Rev. Crit., 1923-1924, p. 182 à 186. — *Adde*, sur le même discours : Georges Renard, *La théorie de l'institution*, I, 1930, p. 182 à 185.

(190) Cons. d'Et., 13 janv. 1899, S. 1902.III.1 et note Hauriou. — Cf. *supra*, p. 388, n. 183.

(191) Cons. d'Et., 10 fév. 1905, S. 1905.III.113 et note Hauriou. — Cf. *ibid.*

(192) Cf. Georges Renard, *op. cit.*, n. 1 de la p. 183.

que l'évolution du sentiment public belge en la personne de M. Paul Leclercq. Ici, encore, c'est à la mentalité non pas *judiciaire* mais *nationale* que nous paraît devoir être rapportée cette conception restrictive de la responsabilité de l'Etat : témoin la « littérature considérable » (193) sur la matière (194).

b) Quant à la théorie du « risque », il nous sera d'abord permis de rappeler que ce n'est pas précisément par un enthousiasme excessif à son égard que se signale notre propre jurisprudence administrative (195). Ensuite, et surtout, une observation s'impose ; c'est que, dans un pays à juridiction unique, une conception restrictive de la responsabilité vaut aussi bien devant cette juridiction *contre* l'Etat *demandeur* que *pour* l'Etat *défendeur*. Dès lors, la situation n'est pas comparable à celle d'un pays où cette restriction à la responsabilité est pratiquée par une juridiction spéciale à l'Etat (196) défendeur en responsabilité.

Enfin, lorsqu'on parle de cette subordination par la jurisprudence judiciaire belge de la responsabilité du maître du service à la condition de la faute de l'agent, de quoi s'agit-il ? De quel régime de responsabilité ? Uniquement de la responsabilité *délictuelle* à raison de préjudices *délictuels*, c'est-à-dire *ne procédant pas* du défaut d'exécution *d'une obligation* — contractuelle ou non — du défendeur envers le demandeur en responsabilité. Mais, pour nous en

(193) *Cf.* Georges RENARD, *ibid.*

(194) Pour ce qui est de la valeur juridique intrinsèque du système de l'irresponsabilité de l'Etat — Puissance publique, procédant de la prétendue « antinomie entre souveraineté et responsabilité (v. *supra*, p. 58), nous l'avons précédemment appréciée lorsque nous avons observé : d'une part, que l'obligation de réparation civile pouvant incomber à l'Etat constitue, non une *responsabilité*, c'est-à-dire une *sanction*, mais une simple *garantie* n'impliquant pas le moindre blâme et partant compatible avec la souveraineté ; d'autre part, que, non seulement cette souveraineté n'exclut pas cette obligation de garantie, mais qu'elle l'implique moralement *a fortiori* (v. *supra*, p. 265 et s.). « On perdrait, déclare M. A. MEYERS (en renonçant à la dichotomie de l'Etat) le moyen d'expliquer comment les articles 1382 et s., qui ne semblent écrits que pour le fait de l'homme et pour les rapports entre les citoyens, peuvent être appliqués aux faits de l'Etat et aux relations entre particuliers et administrations publiques »... Ce « moyen d'expliquer », tout le Chapitre I de notre Titre III (*supra*, p. 215 à 263) n'a pas eu d'autre objet que de le faire apparaître.

(195) Cf. *supra*, p. 87 et s. Ajoutons, avec M. Paul DUEZ (*R. P. P.*, p. 182), que « du fait de l'interprétation de la loi du 3 mai 1921 par le Conseil d'Etat, la jurisprudence inaugurée par le fameux arrêt *Regnault-Desroziers* de 1918 s'est trouvée tarie ».

(196) Et à ses subdivisions. — Pour l'Etat *demandeur*, v. *infra*, p. 418, n. 245.

tenir au cas de la responsabilité obligationnelle contractuelle (197), prétendra-t-on que la responsabilité du défendeur contractuel belge est subordonnée à la faute de l'agent par lui chargé de l'exécution de son obligation ?

c) Pour ce qui est, enfin, de la tendance judiciaire belge à la mise en cause personnelle de l'agent ce n'est pas en tant que telle qu'elle peut apparaître défavorable à l'administré demandeur en responsabilité, mais bien en tant qu'exclusive de la responsabilité de la Puissance publique, ce qui nous ramène au premier point ci-dessus examiné (198).

En définitive, plutôt que d'aventurer cette comparaison entre la jurisprudence administrative française et la jurisiprudence judiciaire belge ou anglo-américaine, que ne se demande-t-on ce qu'aurait pu être une jurisprudence administrative belge ou anglo-américaine ? La série des titres de « libéralisme » de la jurisprudence administrative française par rapport à la jurisprudence judiciaire française fournit à cette question une réponse ne semblant pas précisément consolider l'argument qui vient de nous occuper.

Le moins qu'on en puisse dire, c'est que la fragilité de sa pertinence lui permet difficilement de soutenir la contradiction des faits comme de conjurer la conclusion qu'ils imposent.

Conclusion

Ce « tour d'horizon », que nous ne saurions d'ailleurs prétendre complet, nous renseigne sur ce qu'il faut penser de ce qu'il nous permet d'appeler : *la légende du libéralisme du Conseil d'Etat.*

Etait-il même nécessaire ? Plusieurs ordres de considérations nous en eussent pu dispenser.

D'abord, et tout en rendant hommage à la piété de la doctrine qui, *rayant tout un siècle au profit d'une thèse*, s'efforce de jeter, sur une jurisprudence *dite* passée, le manteau d'une jurisprudence *dite* nouvelle, on ne saurait se dispenser d'observer que, du « déni de justice » imputé à la jurisprudence administrative *dans son*

(197) Puisque le stade de la responsabilité obligationnelle *non contractuelle* n'est pas encore, à notre connaissance, atteint en Belgique plus qu'en France.

(198) Sur la question même de la mise en cause personnelle de l'agent, notre position sera précisée plus loin (v. *infra*, p. 442 et s.).

propre camp et encore à la fin du siècle dernier (199), jusqu'au libéralisme qu'on veut bien lui découvrir aujourd'hui — *quantum mutata !* — le saut serait aussi surprenant que méritoire. Qu'avec le temps et par la force des choses, une institution imaginée comme un instrument du pouvoir administratif contre l'administré évolue dans un sens libéral, on peut l'admettre, mais, quant à la présenter comme un instrument de salut pour l'administré (200) n'est-ce pas dépasser la mesure de la vraisemblance ?

Ensuite, ce saut serait, nous l'avons rappelé en tête de ce paragraphe (*supra*, p. 364), dans la direction opposée à celle que l'arrêt *Blanco* lui-même assigne à la juridiction administrative.

Enfin — et surtout — comme nous l'observions en même temps (*supra*, p. 365, 366), si la compétence administrative était défavorable à l'administration, on devrait se demander ce que signifient, de sa part, l'élévation « jalouse » du conflit, et la résistance aux lois de compétence judiciaire, si ce n'est une soif — non moins « jalouse » — du sacrifice. D'autre part, qui dit conflit, dit action d'abord portée par le justiciable devant la juridiction judiciaire : serait-ce aussi dans un esprit de sacrifice ? *Il est du triste sort de la compétence de ne pouvoir être aimée pour elle-même.* Pour tous ses prétendants, son charme est dans sa dot : LE FOND. Et il n'est pas de meilleur témoignage du libéralisme — et des libéralités — de la juridiction administrative que *l'effort continu du justiciable pour écarter — et surtout de l'administration pour revendiquer — la compétence administrative :* en vérité, est-ce *chacun pour l'autre et contre soi* que l'administration et l'administré déploieraient cette ardeur ?

(199) Pierre DARESTE, v. *supra*, p. 138, n. 3, et comm. du gouv. ROMIEU, dans ses concl. *Tomaso Greco*, Cons. d'Et., 10 févr. 1905, D. P. 1906.III.81. — *Adde :* Gaston JÈZE « Il fut un temps — pas très éloigné — où les actions en indemnité *se heurtaient et se brisaient* devant le Conseil d'Etat contre des théories affirmant en principe l'irresponsabilité des patrimoines administratifs *pour la plupart des actes ou agissements de ses agents*... théorie *si commode*... » (R. Dr. Publ., 1905, II, p. 563). Et, un peu plus loin (p. 565) l'auteur relève « la fin de non-recevoir *tranchante et absolue* » invoquée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Lepreux*, du 13 janvier 1899. C'est cette décision que, précisément dans ses conclusions *Tomaso Greco* précitées, le comm. du gouv. ROMIEU qualifie lui-même de « fin de non-recevoir *brutale*... formule pouvant finalement conduire à un *déni de justice* ». Et de savants auteurs n'en rendent pas moins témoignage au Conseil d'Etat d'avoir « *édifié* »... « avec beaucoup de soin et de peine » (J. APPLETON, *Traité*. n° 218, p. 401) une théorie de la responsabilité de l'Etat « monument de *création* jurisprudentielle » (Paul DUEZ, *R. P. P.*, 1927, p. XI), responsabilité qu'il a commencé par *détruire* en évinçant — à cette fin — la juridiction judiciaire.

(200) Ce qui revient : non seulement à déposséder la juridiction judiciaire de la

CONCLUSION DU CHAPITRE

« *Quousque tandem...?* »

De l'analyse qui précède, ressort ce qui suit.

D'une part, si l'on fait abstraction de la personnalité de « ce plaideur exceptionnel : l'Etat » qui, nous l'avons vu (p. 302 et s.) ne saurait être invoquée en faveur DE L'UNE NI DE L'AUTRE des deux juridictions — L'UNE ET L'AUTRE juridictions DE L'ETAT — la spécialité très relative de la matière : responsabilité civile de l'Etat n'apparaît pas en des « des théories autonomes » qui la régiraient, mais uniquement en *l'appréciation des éléments concrets de la cause* pour chaque espèce, en un mot, spécialité : non *de droit*, mais simplement *de fait* et qui, devant la documentation fournie par les parties, et, au besoin, les experts, *n'exige du juge*, nous le répétons, *que du jugement*. En la matière : responsabilité civile de l'Etat, *l'ésotérisme* de la doctrine jurisprudentielle administrative s'avère plus artificiel et apparent que rationnel et réel.

D'autre part, si, dans une conjoncture unique et très circonscrite (201), la juridiction administrative est plus favorable à l'administré, il est paradoxal d'invoquer un libéralisme systématique et généralisé de cette juridiction, en justification de sa compétence *pour laquelle l'administration n'a jamais cessé et ne cesse pas de lutter*.

Ainsi, *le prétendu intérêt de « spécialité » pour la justice*, comme *le prétendu intérêt de « libéralisme » pour le justiciable*, apparaissent — selon l'expression précitée (*supra*, p. 271) de M. H. Berthélemy — comme « prétextes pour affranchir du droit commun » non seulement les « actes administratifs » mais *la réparation pécuniaire des conséquences* (202) des actes — administratifs *ou non* — d'agents administratifs.

Il semble, dès lors, permis de conclure que si « l'autonomie » *de l'autorité* administrative au nom de la séparation *politique* des pouvoirs ne dresse qu'un obstacle éventuel, et tout au plus partiel, contre la compétence judiciaire en matière de responsabilité de « garde des droits individuels » (v. *supra*, p. 367 et s.), mais à en investir la juridiction administrative... qui la cumulerait ainsi avec la « garde de la prérogative administrative » — sa raison d'être, nous le répétons.

(201) Renonciation au bénéfice, pour l'Etat, de la courte prescription pénale dans les cas de blessures en relation avec l'exécution des travaux publics (cf. *supra*, p. 377).

(202) Cf. *supra*, p. 306.

l'Etat, cet empêchement réduit disparaît lui-même absolument dès qu'il ne s'agit plus que de « l'autonomie » *des théories* administratives qui sont prétendues régir cette matière d'après la séparation *technique* des pouvoirs.

Aussi bien d'éminents auteurs n'ont-ils pas manqué d'apercevoir le danger de cette théorie du « néo-séparatisme » pour le principe même de la juridiction administrative. Après Maurice Hauriou (203), M. Jean Appleton (204) n'a pas hésité à reconnaître formellement que la soustraction à la compétence judiciaire du « contentieux administratif » en général (et tout particulièrement, croyons-nous pouvoir préciser, du contentieux de la responsabilité civile de l'Etat à raison de faits d'agents administratifs) *ne peut se justifier par la conception purement fonctionnelle et technique de la séparation des pouvoirs :*

« En réalité, écrit le savant professeur (*Traité*, p. 23), l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de connaître des litiges administratifs se justifie parce que le principe de la séparation des pouvoirs ne doit pas être entendu seulement au sens fonctionnel, *mais aussi, et avant tout, au sens politique* » (205).

L'on ne saurait mieux dire... mais — ce qui a été dit en sens contraire *n'en reste pas moins dit*, à savoir que *les textes de* 1790 *et de l'an III sont caducs et que l'administratif n'a plus rien à craindre du judiciaire*. La faiblesse de la nouvelle barrière ne saurait faire que l'ancienne qu'elle prétend — et ne peut — remplacer n'ait été abattue (206). Le désaccord des violons de la thèse administrative — sur ce point comme sur tant d'autres — est trop précieux à la nôtre pour qu'il ne nous soit pas permis de nous en saisir.

(203) *Principes du Droit public*, 2e éd., 1916, p. 582.

(204) *Traité*, 1927, n° 29, p. 22, 23.

(205) *Quousque tandem...?* « D'où serait donc venue », après plus d'un siècle, pourrait-on se demander avec M. J. Coumoul (*Le pouvoir judiciaire*, 2e éd., 1911, p. 138) « la lumière qui aurait permis de trouver recélé en germe dans le principe de la séparation des pouvoirs tout ce que, jusqu'alors, on n'y avait pas découvert ?... Enfin, *où s'arrêteront les découvertes que l'on fera dans cette mine inépuisable du principe de la séparation des pouvoirs* » ?

(206) Dans son article : *Les Modes de solution du contentieux administratif dans les Cantons Suisses* (Mélanges Hauriou, p. 442), M. J. Laferrière cite ce passage de Wyssa : *Le Contentieux administratif en Suisse*, p. 59 : « Dans les cantons suisses, *en l'absence* de motifs pareils à ceux qui incitèrent le législateur révolutionnaire français *à protéger l'administration contre les empiétements possibles d'une justice trop puissante, les tribunaux judiciaires n'ont pas été aussi systématiquement écartés du cercle des affaires administratives* et ont pu *exercer un contrôle* plus efficace *au profit des particuliers.* » D'où il ressort bien encore que la « barrière » *technique*, prenant la place de la « barrière » *politique*, n'en peut remplir l'office

Il ne dépend de nous : ni que la maison administrative soit divisée, ni que toute maison divisée soit condamnée...

Aussi bien, la condamnation se trouve-t-elle sensiblement atténuée par notre double concession : d'abord la *question préjudicielle administrative*, sur laquelle nous n'avons plus à revenir ici — ensuite : *l'option*, réplique aux deux arguments : « spécialité » — « libéralisme ».

Et, d'abord, « spécialité » :

« Le juge ordinaire, observe Maurice Hauriou (207), n'est pas nécessairement un juge universel ; il est simplement un homme qui connaît bien les conditions du commerce juridique de la vie ordinaire, mais, sorti de là, il peut se trouver dangereusement incompétent. C'est pourquoi, pour juger les litiges *entre commerçants*, qui demandent la connaissance des pratiques spéciales du commerce, il existe une juridiction spéciale composée de commerçants. On se demande pourquoi il n'existerait pas aussi bien des tribunaux administratifs, vu que les pratiques de l'administration et le commerce juridique qu'elle entretient avec les administrés sont certainement très différents du commerce de la vie juridique ordinaire. »

Nous acceptons très volontiers la comparaison... *sous une seule réserve*, à savoir que, de l'aveu même de M. Hauriou (*op. cit.*, p. 19 et s.), l'administré est *le client* de l'entreprise administrative et que *la juridiction commerciale n'est jamais imposée au non-commerçant*. Que la compétence administrative soit *de règle* pour les personnes publiques entre elles et avec leurs personnels, voire même avec les particuliers en toute autre matière que la nôtre — mais qu'elle soit *au moins facultative* entre personne publique et administrés *pour le contentieux de la réparation civile*.

Et, ensuite, « libéralisme » : c'est ici que l'option nous permet de répondre — de même et mieux encore que plus haut (p. 332) pour la question préjudicielle administrative : l'événement jugera...

Ainsi tombe, comme les deux premières, la troisième branche de la thèse de la compétence administrative, l'argument tiré de la règle de la séparation des pouvoirs « telle qu'elle est maintenant comprise » (208), c'est-à-dire : purement *technique* et *pragmatiste*.

Quid de la quatrième ?

(207) *Précis*, 11e éd., p. 943, n. 1.

(208) Paul Duez, *R. P. P.*, p. 185 ; Roger Bonnard, *Précis élém.*, 1926, p. 374 : « telle qu'elle est interprétée. »

CHAPITRE IV

4e BRANCHE. — L'ARGUMENT LÉGISLATIF « A CONTRARIO » : LA THÈSE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE PRÉTENDUE « DE DROIT COMMUN »

L'argument qui se présente ici à notre examen consiste, nous l'avons vu (*supra*, p. 214), en une exploitation de l'ensemble des textes législatifs ayant spécifié *la compétence judiciaire* avant l'arrêt Blanco, pour en déduire, *a contrario*, l'interprétation du silence de la loi dans le sens de *la compétence administrative*.

En regard de ce raisonnement, nous nous proposerons d'établir dans le présent Chapitre :

— d'abord, que, comme tout argument *a contrario*, celui que nous examinons ici n'est autre chose qu'une pétition de principe, que le *déguisement d'un postulat ;*

— ensuite, que *ce postulat est à retourner* parce que, dans la conception juridique nationale, la juridiction administrative est une juridiction d'exception, une juridiction exceptionnelle en tant que spéciale et dérogatoire au droit commun (209).

(209) Il va sans dire, en effet, que nous écartons le sens historiquement fâcheux de « justice d'exception » dont la sévérité même ne pourrait que servir l'opinion que nous combattons : il n'entre pas dans notre propos d'excéder les besoins de notre cause — encore que cette thèse ait été éloquemment soutenue (v. Jules Coumoul, *Le Pouvoir judiciaire*, 1895, p. 59 et s.).

SECTION I

L'ARGUMENT — COMME TOUT ARGUMENT *A CONTRARIO* — N'EST QU'UN POSTULAT DÉGUISÉ

Si, avant 1873, la législation instituant expressément des cas de compétence judiciaire n'avait pas acquis le développement que nous avons enregistré (*supra*, p. 206 à 211) en étudiant « la fortune de l'arrêt *Blanco* », elle n'était cependant pas négligeable.

D'abord, en effet — et c'est le point capital — le principe de *l'existence d'une compétence judiciaire à l'égard de l'Etat était posé par l'article* 69 *du Code de Procédure civile organisant les instances devant les tribunaux.*

Ensuite, cette compétence était expressément édictée dans les matières suivantes.

I. — EXPROPRIATION (210) « dommage permanent » *au premier chef*, et dont les autres « dommages permanents » (ceux qui ne résultent pas d'une *dépossession* définitive) n'ont été différenciés quant à la compétence que par le premier Tribunal des Conflits et à la demande — naturellement — de l'administration (211).

II. — CONTRIBUTIONS INDIRECTES (212).

(210) Loi du 8 mars 1810, suivie et confirmée à cet égard par les lois du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841. Dans le tome 42 *bis*, II, *Travaux publics*, 1862, de la Jurisprudence général DALLOZ, au n° 1204, p. 1020, on peut lire que la loi du 3 mars 1810 a été « rédigée d'après les bases fixées avec une admirable sagacité *par Napoléon lui-même* » et que, par cette loi, « la compétence *exceptionnelle* attribuée aux conseils de préfecture par l'art. 4, § 4, de la loi du 28 pluv. an VIII quant aux terrains pris est abrogée ».

(211) Tr. Confl., 3 avril 1850, *Thomassin*, D. P. 1850.III.33. De sorte que *le maintien de la compétence administrative pour les dommages permanents de travaux publics n'est que le fait du premier Tribunal des Conflits comme le même maintien pour les autres dommages est le fait du second.* L'arrêt *Blanco* a été le pendant de l'arrêt *Thomassin*. Et il n'est pas exagéré d'ajouter : le sauveur, quand on se reporte aux déclarations de DUCROCQ, pour qui les dommages de travaux publics ont « leur place naturelle dans le contentieux judiciaire » (*Cours de Dr. adm.*, 7e éd., t. II, n° 420, p. 13) — et de M. H. BERTHÉLEMY, pour qui « il n'y a aucune raison majeure à cette *dérogation au droit commun* » : la compétence « non indispensable » des conseils de préfecture en matière de travaux publics (Rev. Pénit., 1906, p. 535).

(212) Loi du 5 vent. an XII, art. 88, et décret du 1er germ. an XIII, art. 29. Compétence paradoxalement réduite par le Tribunal des Conflits (20 mai 1875, *Ramel*, Rec. 516, et D. P. 1876.III.45 ; 20 mai 1882, *de Divonne*, Rec. 532) aux matières (perception et saisie) d'ordre strictement *fiscal*, c'est-à-dire éminemment *administratives*, à l'exclusion des faits délictueux *de droit commun : a contrario* pour *a fortiori* (v. *supra*, p. 149, n. 20).

III. — DOUANES (213).
IV. — DROIT DE PÊCHE (214).
V. — CHEMINS DE FER DE L'ETAT (215).
VI. — POSTES ET TÉLÉGRAPHES (216).

On conçoit, dès lors, que, pour une doctrine ne prétendant rien moins que poser en règle générale et ordinaire la compétence administrative, cette abondance de textes prévoyant la compétence judiciaire ait, malgré tout, paru un peu gênante. Comment s'en débarrasser ? Rien de plus simple. De cette législation, on fait un argument *a contrario : Qui dicit de uno negat de altero... Inclusione unius fit exclusio alterius... Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis...* (217). Ainsi, tout est pour le mieux, les exceptions confirment la règle : *plus on lui en opposera, plus on la fortifiera...* (218). Plus on perd — et plus on gagne... (219). Que dire, à ce compte, de toute la masse législative « d'exceptions » postérieures à l'arrêt *Blanco* (v. *supra*, p. 206 et s.) ?

Malgré le discrédit dont elle jouit à notre époque (v. *supra*, n. 44 de la p. 345), nous demanderons la permission de faire encore

(213) Loi du 4 germ. an II, titre VI, art. 12 ; loi du 14 fruct. an III, art. 10 ; loi des 6-22 août 1791, tit. XI, art. 1 à 3 et tit. XIII, art. 19. Compétence paradoxalement réduite par le Tribunal des Conflits (31 juill. 1875, *Renaux*, Rec. 758, et D. P. 1876.III.45, avec conclusions DAVID) aux matières (perception et saisie) d'ordre strictement *fiscal*, *c'est-à-dire* éminemment *administratives*, à l'exclusion des faits délictueux *de droit commun : a contrario* pour *a fortiori* (v. *supra*, p. 149, n. 20).

(214) Loi du 15 avr. 1829, art. 4 : actions en indemnité dirigées contre l'Etat par les propriétaires riverains des rivières non navigables pour privation du droit de pêche.

(215) Loi du 15 juill. 1845, art. 22 : dommages aux usagers.

(216) Lois des 4 juin 1850, art. 13, alinéa 3 ; du 25 janv. 1873, art. 10 : responsabilité de l'Etat pour les valeurs déclarées et les envois recommandés.

(217) DAVID le déclare en termes exprès dans ses conclusions *Blanco :* « Ces exceptions ne font que confirmer la règle » (v. *supra*, p. 137). De même, le Trib. des Confl. dans son arrêt précité du 20 mai 1882, de Divonne. De même, M. Georges TEISSIER dans son ouvrage : *Resp. de la Puiss. publ.*, n° 62. De même, M. le commiss. du gouv. BOUCHON-MAZERAT dans ses conclusions *Dme Mélinette :* « Par le fait seul qu'il a fallu les édicter (ces lois spéciales), *elles prouvent l'existence du principe auquel elles dérogent.* » (R. Dr. Publ., 1933, p. 436). Et même M. Fr. GÉNY dans son ouvrage précité. *Des droits sur les lettres missives*, I, 1911, n° 46, p. 134.

(218) LAFERRIÈRE, *dixit :* « *Plus* le législateur prend soin de préciser (les cas judiciaires) *plus* on peut dire que l'exception confirme la règle. » (*Traité*, 2e éd., I, p. 685, *in fine*).

(219) Par contre, qu'il s'agisse d'expliquer les textes (si rares en dehors de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII — lui-même d'ailleurs si sollicité depuis un siècle), qui portent compétence de la juridiction administrative, ce n'est certes plus l'argumentation *a contrario* que mobilisera la doctrine administrative. Que découvrira, que nous révèlera donc son ingéniosité jamais en défaut ? Ceci :

appel à cette branche maîtresse de la philosophie : la logique, pour mettre à nu le paralogisme que nous venons de présenter.

Certes, les auteurs juridiques traitant de l'argument *a contrario* en général n'ont jamais manqué d'en dénoncer la précarité et, partant, le danger.

« Cet argument, lit-on dans le *Précis de Droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE (220), part de la volonté exprimée par le législateur dans le cas par lui prévu, pour lui supposer, dans tous les autres cas, une volonté contraire. Cette supposition *pouvant être tout à fait gratuite* (221) par cette raison que la volonté du législateur est susceptible de s'expliquer de bien d'autres façons, l'argument *a contrario* est dangereux ; il n'est ordinairement concluant que lorsque, tiré d'une disposition exceptionnelle, il a pour résultat de favoriser le retour au droit commun ».

— « Cet argument n'est légitime, selon le *Vocabulaire juridique* de M. H. CAPITANT (222), que si le texte est restrictif, ou doit être interprété de façon restrictive » (223).

Mais ces jugements sont encore trop indulgents, parce que la valeur de l'argument *a contrario* n'est pas seulement faible, elle est nulle, *absolument nulle*. C'est ce que nous démontre un savant logicien, M. F. Mallieux, dans un article de la Revue de Métaphysique et de Morale (1907, p. 458), intitulé : *La méthode des jurisconsultes*, et d'où nous extrayons ces observations :

« Sans scruter davantage le mécanisme de ce raisonnement, nous trouverons *qu'il ne conduit à rien*... Toute la difficulté est de savoir si la formule donnée énonce une EXCEPTION ou si elle cite des cas à titre d'EXEMPLE ; si le texte étudié dérogeant à une règle (générale), on peut conclure de sa teneur que les cas non cités ne lui sont pas soumis. Nous employons donc l'argument *a contrario* pour apprendre que les espèces *que nous savons déjà* (ou que nous prétendons savoir), par nos recherches préalables, étrangères à cette exception, ne sont pas soumises au traitement juridique de celles-ci... en d'autres termes, *pour ne rien apprendre.* »

Ainsi, quand, dans ses conclusions *Blanco*, David déclare, nous le répétons, que, de l'existence des dispositions législatives « spé-

« que les lois dont il s'agit ont eu moins pour but d'établir la compétence de l'autorité administrative... que de désigner les juges parmi les autorités administratives ayant juridiction » (Cons. d'Et., 6 août 1861, *Dekeister*, *supra*, p. 113).

(220) 8e éd., t. I, 1902, n° 102, p. 53.

(221) Ce qui arriverait par exemple si, du fait que certains textes (art. 8, Loi 28 sept.-6 oct. 1791 ; art. 206, Code for. ; art. 74, Loi, 15 juin 1829 ; art. 28, Loi, 3 mai 1844) accordent un recours à la personne civilement responsable contre l'auteur réel du fait, *on concluait au refus de ce recours dans le silence de la loi.*

(222) Tome I, 1930, v° *Argument*, p. 55.

(223) ADDE, dans ce sens : MERLIN, *Répertoire*, v° *Argument a contrario ;* LAURENT, *Principes de Dr. civ.*, t. I, n° 279, p. 354 ; AUBRY et RAU, *Cours de Dr. Civ.*, t. I, § 40, 5e éd., p. 196, 2° ; L. JOSSERAND, *De la resp. du fait des choses inanimées*, 1897, p. 82 ; Louis SARRUT, Note sous Civ., 21 nov. 1911, D. P. 1913. I.249 ; Henri LALOU, Note sous Montpellier, 4 févr. 1924, D. P. 1924.II.33 : « Un argument de cette espèce est sans valeur s'il fait sortir du droit commun. » *La loi elle-même l'exclut* de l'interprétation des conventions : art. 1164 C. civ.

ciales » portant expressément compétence judiciaire, « on ne peut tirer qu'un argument de plus » contre l'existence d'une règle « générale » de compétence judiciaire et que « ces exceptions ne font que confirmer la règle de notre Droit public » portant compétence administrative, la réplique est immédiate :

Ou bien vous n'affirmez pas *a priori* l'existence certaine d'une règle générale de compétence administrative, et alors votre prétendu argument *a contrario* ne pouvant « ramener » à une règle générale dont l'existence n'est pas affirmée, nous n'avez pas le droit d'opter pour « *l'exception* » plutôt que pour « *l'exemple* », votre argument *a contrario* s'évanouit.

Ou bien — et c'est le cas — vous affirmez *a priori* l'existence certaine de cette règle, et alors votre prétendu argument *a contrario* « ne nous apprend rien » et ne vous sert à rien... si ce n'est à déguiser votre postulat : *le caractère « de droit commun » de la juridiction administrative.*

De ce postulat... quelle est la valeur ?

SECTION II

LE POSTULAT EST A RETOURNER LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE N'EST PAS : JURIDICTION « DE DROIT COMMUN » MAIS BIEN : JURIDICTION « EXCEPTIONNELLE »

« Parallèlement » (224) à la juridiction judiciaire, « en face de » (225) cette juridiction, la juridiction administrative, elle aussi, revêtirait le même caractère de « juridiction de droit commun », telle est la thèse administrative : ainsi s'explique le passage des conclusions de David tendant à faire admettre ce rôle « parallèle » et, partant, comme nous l'avons déjà observé (*supra*, p. 140), « sur le même plan », des deux juridictions. Ainsi s'explique aussi — et surtout — le soin avec lequel, dans une note récente sous Civ., 3 février 1925, D. P. 1925.I.114, col. 2, V-4°, M. le professeur Jean Appleton s'est attaché, en ces termes, à revendiquer ce parallélisme :

« La Cour de Cassation (nous constaterons dans un instant que ce n'est pas *que* la Cour de Cassation), pour désigner les tribunaux civils dans ce cas (question de responsabilité civile de l'Etat) a employé une expression *courante* (c'est nous

(224) V. Conclus. David, *supra*, p. 136 et 140.
(225) V. la note suivante.

qui soulignons, on en verra bientôt la raison) mais impropre : « la juridiction ordinaire », v. Civ., 29 avril, 1918, D. P. 1921.I.237... Les tribunaux judiciaires ne présentent nullement, par rapport aux tribunaux administratifs, le caractère de juridiction ordinaire. Chacun des deux ordres de juridiction a son domaine propre. La juridiction administrative n'a pas un caractère exceptionnel au regard des tribunaux judiciaires. »

Deux ans plus tard, le savant auteur ne manquait pas de consigner la même observation dans son *Traité du contentieux administratif* (1927, n° 15, p. 30), en ces termes :

« Dans leur domaine, les tribunaux administratifs sont des juges de droit commun comme les tribunaux judiciaires dans le leur (Berthélemy, 11e éd., p. 1071) (226). L'expression « tribunaux ordinaires » ou « juridiction ordinaire », employée *parfois* pour désigner les tribunaux judiciaires par comparaison avec les tribunaux administratifs, est donc impropre. » (« *Courante* » en 1925 devient « *parfois* » en 1927).

Nous admettons très volontiers que, « dans son domaine propre », chacune des deux juridictions est « de droit commun » — de même que, par exemple, *dans le domaine* des infractions militaires commises par les militaires et *dans le domaine* des litiges entre commerçants, les juridictions militaire et commerciale sont « de droit commun ». Seulement, *la question est de savoir si ces domaines eux-mêmes sont « de droit commun »*, si le premier, dans le domaine du droit pénal, et le second, dans le domaine du droit privé, constituent respectivement *le cas général* ou bien *un cas spécial*. Poser cette question, c'est, croyons-nous, la résoudre.

Dans le silence de la loi, ce qui détermine l'option entre deux juridictions dont chacune, dans son domaine, est de droit commun, c'est, entre ces deux domaines, la désignation du domaine de droit commun, du domaine constituant le *cas général* au regard de l'autre qui ne constituera qu'un *cas spécial*. Et c'est la juridiction compétente pour ce domaine général qui sera décidée compétente dans le silence de la loi.

Ce qui importe, n'est donc pas de savoir si telle juridiction est de droit commun *dans son domaine propre*. Par définition — mieux : par tautologie — elle le sera toujours. Comment ne le serait-elle pas ? La question intéressante, utile, pertinente, est de savoir *ce qu'est* ce domaine propre. S'il est *de droit commun*, sa juridiction sera elle-même *de droit commun*. Mais s'il est *spécial*,

(226) Cf. Félix Moreau, *Dr. adm.*, 1909, p. 1.094 : « La juridiction administrative n'est pas, comme on le dit trop souvent, une justice d'exception. Elle est une justice de droit commun *en face de* la justice ordinaire comme *le droit public* est *un droit commun* en face du droit privé. »

sa juridiction aura beau être *de droit commun* RELATIVEMENT A CE DOMAINE SPÉCIAL, elle n'en sera pas moins *spéciale* RELATIVEMENT AU DROIT COMMUN. *Sa généralité sera relative.*

Il ne s'agit donc pas de se demander si la juridiction administrative est de droit commun *dans le domaine administratif :* qui aurait la singulière idée de le nier — ou de penser qu'on le pût nier ? Il s'agit de savoir des deux domaines — des deux « droits » — l'administratif et le privé, *lequel constitue le « droit commun ».*

Or, la question définitive et décisive ainsi posée a été pour nous résolue dès le seuil même de cette étude (227) par référence à l'œuvre du maître, illustre et vénéré, du Droit administratif qui, pendant plus de trente ans (228), a lutté de toute son autorité, de toutes ses forces et de tout son talent pour la compétence, en notre matière, de la juridiction administrative : le regretté doyen Hauriou. Nous reproduirons donc, en la complétant, notre citation du Précis (11e éd., 1927, p. 29) :

« Il doit y avoir *un domaine normal* qui s'impose au législateur (et *a fortiori*. ajouterons-nous, *en son silence*).

« Il faut donc poser un principe.

« LE PRINCIPE FONDAMENTAL QU'IL FAUT CONSIDÉRER COMME ÉTANT DE DROIT NATUREL ET COMME LA PIERRE ANGULAIRE DE LA LIBERTÉ, C'EST QUE LA VIE PUBLIQUE EST EXCEPTIONNELLE (229) PAR RAPPORT A LA VIE PRIVÉE QUI EST LA RÉALITÉ PREMIÈRE ».

A la fin de l'ouvrage on lit, dans le même ordre d'idées, p. 945 :

« Le régime administratif veut avoir son droit à lui, et pour cela il lui faut s'affranchir du droit commun et du juge de droit commun... du droit privé, *qui est le droit commun par excellence.* »

Rappelons encore ce passage du Précis élémentaire (1926), p. 15, 16 :

« *Le droit commun est le droit privé et essentiellement le droit civil comme le juge de droit commun est le juge civil... le droit administratif est un droit exceptionnel par rapport au droit commun et partant secondaire.* Ce fait incontestable est sous la dépendance d'un autre, à savoir que la société civile a plus d'importance que les formes politiques qui lui servent d'enveloppe protectrice, même quand ces formes politiques sont celles de l'Etat. »

Ainsi le « domaine normal » est celui de « la liberté », autrement dit : « des droits individuels » ; le « droit commun », c'est le droit

(227) *Supra*, Avant-propos, p. 7.

(228) En ne comptant, d'ailleurs, qu'à partir de 1895 puisque nous savons que les deux premières éditions (1892 et 1893) se prononçaient pour la compétence judiciaire.

(229) ADDE : *loc. cit.*, p. 943. Cf. *supra*, n. 73 de la p. 290 et n. 21 de la p. 338.

privé. Conclusion : si nous nous reportons au raisonnement développé il y a un instant, la juridiction de droit commun, la juridiction ordinaire, c'est la juridiction dont la compétence a pour « domaine propre » ce droit commun : le droit privé. *La juridiction ordinaire, c'est la juridiction judiciaire.* Quant à la juridiction administrative, il demeure entendu qu'elle est de droit commun *relativement à son domaine propre*, mais non pas de droit commun « *absolument parlant* ». La juridiction de droit commun absolument parlant, c'est la juridiction judiciaire. La juridiction administrative est, nous le répétons, *de droit commun* relativement à son domaine *spécial*, mais *exceptionnelle* relativement au droit *commun*, comme ce domaine lui-même.

Au surplus, nous allons voir la terminologie jurisprudentielle doctrinale et législative nous fournir la vérification de ce principe.

I. — La jurisprudence

Pour la juridiction judiciaire — dont le témoignage est, en l'espèce, naturellement le moins pertinent — nous nous contenterons de renvoyer aux deux arrêts de la Cour de Cassation visés par M. Appleton lui-même dans sa note précitée au D. P. 1925.I.114 (*supra*, p. 403) comme désignant les tribunaux judiciaires par « l'expression courante : « juridiction ordinaire. »

Pour le Conseil d'Etat, nous relèverons cette citation suffisante, péremptoire :

> « Considérant... qu'il s'agit d'un litige *de droit commun* qui, *à défaut de toute autre disposition législative* susceptible de donner sur ce point compétence à la juridiction administrative, doit être porté devant la *juridiction judiciaire* » (230).

Pour le Tribunal des Conflits, on rencontre, en particulier dans l'arrêt du 18 février 1893, *Tubeuf*, D. P. 1894.III.34, l'expression : « tribunaux ordinaires » et dans deux autres décisions : 11 décembre 1880, *de Rubelles*, D. P. 1882.III.57, et 29 juillet 1916, *Vion*, S. 1917.III.1, mieux encore, apparaît l'expression : « les tribunaux » tout court.

II. — La doctrine

— Cotelle : « tribunaux ordinaires » et « tribunaux » tout court (*Cours de Dr. adm.*, 3e éd., t. II, 1859, p. 16).

(230) Cons. d'Et., 20 mars 1931, *Jullien* et *Dumas*, D. H. 1931, p. 257.

— DAVID, dans ses conclusions *Blanco* (*supra*, p. 137) : « tribunaux ordinaires », avec, en outre, citation d'un passage du « savant HENRION DE PANSEY », où le juge judiciaire est appelé : « le juge ordinaire. »

— LAFERRIÈRE : « les tribunaux » tout court (*Traité*, I, p. 530, *in fine*).

— Rodolphe DARESTE arrivant à la conclusion de son ouvrage renommé: *La justice administrative en France* (2e éd., 1898, p. 667), écrivait :

« Cette conclusion peut s'exprimer d'un mot. C'est la tendance progressive et constante du *droit administratif* à se rapprocher du *droit commun*, tendance qui se manifeste, à la fois, et DANS LE FOND DU DROIT et DANS LA JURIDICTION. »

— M. Georges TEISSIER : « tribunaux ordinaires » (*R. P. P.*, n° 55, v. *supra*, p. 275) ; « droit commun » et « tribunaux ordinaires » (*R. P. P.*, n° 69) ; « tribunaux ordinaires » (*R. P. P.*, n° 103 — v. *supra*, p. 209 et n. 182 et conclus. *Feutry* — v. *supra*, p. 153).

— Maurice HAURIOU : « juridiction ordinaire » (*supra*, p. 338).

— M. H. BERTHÉLEMY réprouve, à l'égard de la juridiction administrative, la qualification de « juridiction d'exception » (231) (*Traité élém.*, 11e éd., p. 1071) — mais n'en adopte pas moins celle de « juridiction spéciale » (*ibid.*, p. 1068 et 1070). Et l'éminent doyen nous accorde davantage puisque, dans la note 1 de la page 101, il dénonce comme un *privilège de juridiction* l'admission de la compétence administrative dans l'arrêt *Blanco*.

— M. Georges RENARD a édifié, comme M. HAURIOU, son traité de Droit administratif (*Cours élém. de Dr. Publ.*, 1922, p. 61) sur cette proposition de base :

« En France, le fonctionnement des administrations publiques et leurs relations avec les administrés sont régis par un *droit spécial* et les litiges qui s'y rapportent traités par *un juge spécial*. L'administration est ainsi dotée d'un *double privilège* de DROIT et de JURIDICTION. »

— M. Roger BONNARD emploie les expressions : « tribunaux ordinaires » et « tribunaux » (*Précis élém.*, p. 77 et 78). De plus, le savant auteur reconnaît expressément, nous l'avons vu (*supra*, p. 339, n. 31), que la connaissance du contentieux administratif est « *soustraite* » aux tribunaux judiciaires.

(231) Comme nous-même (v. *supra*, n. 209 de la p. 399), en son acception péjorative.

— M. Louis Rolland emploie l'expression : « les tribunaux » deux fois à quelques lignes de distance (*Précis de Dr. adm.*, n° 383, p. 372).

— M. Ch. Blaevoet :

« Le juge de pareils abus (voies de fait) n'est plus le juge *administratif*, mais le juge *ordinaire*. On retombe dans le *droit commun*. L'administration n'est pas alors dans les conditions pour jouir, ni du *privilège* d'être jugée par les tribunaux *administratifs*, ni de la prérogative d'exécution d'office (Note au D. P. 1930.II.137).

III. — La loi

Si nous avons encore ici « gardé pour la fin » le témoignage de la loi, ce n'est pas sans raison : qu'on en juge. Les lois que nous allons citer ne sont — ni d'objet — ni de qualité — quelconques : c'est l'ensemble des lois révolutionnaires constitutionnelles — et constitutives — de la *séparation des pouvoirs*.

Tout d'abord, jusqu'à l'an III, les juges et les tribunaux judiciaires y sont systématiquement appelés : « les juges » — tout court et « les tribunaux » — tout court. Ainsi en est-il pour la série des textes ci-après :

Loi du 14 déc. 1789, art. 61.
Loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 13.
Loi des 7-14 octobre 1790, art. 1 et art. 2.
Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chap. IV, section II, art. 8, et chap. V, section I, art. 3.
Constitution du 5 fructidor an III, art. 196 et art. 203.
Loi du 16 fructidor an III.

Peut-être nous objectera-t-on que la juridiction administrative n'était pas encore instituée et que les tribunaux judiciaires étaient alors *les seuls* tribunaux. A quoi nous répliquerons que *toute l'argumentation David* repose au contraire sur cette affirmation que « la juridiction administrative est sortie complète de l'œuvre de la Constituante » (v. *supra*, p. 135). Eh ! bien ! *si oui*, l'emploi que nous venons de voir systématique des termes : « les juges » et « les tribunaux » — tout court — pour désigner les juges et les tribunaux *judiciaires*, indiquent que c'étaient là, pour le législateur, les juges et les tribunaux tellement *de droit commun, généraux, normaux*, que l'absence même de spécification et « *le silence de la loi* » sur ce point les désignaient. *Sinon*, il en ressort que la juridiction administrative, venue après la juridiction judiciaire, en est un démembrement et partant, *a fortiori*, que, dans le silence de la loi,

la compétence appartient à la juridiction souche, et de droit commun, plutôt qu'à la juridiction détachée, et de droit spécial.

Mais voici que cette alternative — et avec elle toute équivoque — disparaissent avec le texte constitutionnel le plus accentué de la séparation des pouvoirs : l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Personne n'ignore que ce texte restreint la possibilité de poursuite des « agents du gouvernement » au cas où l'autorisation en est accordée par le Conseil d'Etat... mais — personne, non plus, n'a, peut-être, porté, du point de vue qui nous occupe, son attention sur la disposition finale :

« En ce cas, la poursuite a lieu devant les TRIBUNAUX ORDINAIRES. »

A moins de récuser la science constitutionnelle du législateur constitutionnel : et de toute l'époque révolutionnaire, et de l'an VIII, comment soutenir que les deux juridictions sont « parallèles », que les cas spécifiés de compétence judiciaire par le législateur tombent sous le coup d'un argument *a contrario* qui ramènerait... à l'opposé de la juridiction ordinaire, à l'opposé du droit commun (232) ?

Et encore avons-nous réservé un dernier témoignage. Dans toute la documentation juridique accumulée depuis près d'un siècle et demi sur cette question du caractère de la juridiction administrative, il est un texte dont, à notre connaissance, *il n'a jamais été fait état* et qui, cependant, autant par son autorité, que par sa netteté, est décisif — et il l'est d'autant plus qu'émanant de l'organe éminemment représentatif de l'une des deux thèses adverses, il consacre le triomphe éclatant... de l'autre thèse. Aussi, avant de citer ce texte, convient-il de le présenter.

On sait qu'en cette matière du concours, du « conflit », entre les deux juridictions, la charte constitutionnelle est l'ordonnance — précisément — sur « le conflit » du 1er juin 1828. Mais on sait moins que cette ordonnance a fait presque aussitôt l'objet d'une circulaire d'application, véritable *commentaire gouvernemental*.

(232) Aussi bien, et si ce n'était surabondant, nous pourrions encore ajouter que l'art. 2 de la loi du 3 mars 1841 sur l'expropriation dit : « les *tribunaux* » ; que l'art. 107 de la loi du 5 avril 1884 touchant la responsabilité des communes pour troubles parle de l'indemnité fixée « par les *tribunaux* » ; que l'art. 1 de la loi du 20 août 1881 sur la voie rurale dispose : « Les contestations sont jugées par les tribunaux *ordinaires* » — et nous ne craignons que d'en omettre.

C'est la

« Circulaire adressée, en date du 5 juillet 1828, par le Garde des Sceaux, a MM. les procureurs généraux du roi, relativement a l'ordonnance du 1er juin 1828. »

Cela dit, nous extrairons, de ce document, le passage suivant (233) :

« Monsieur, l'ordonnance du 1er juin dernier relative aux conflits a été conçue dans le double but :

1° d'assurer le libre exercice de la juridiction des « tribunaux » dans toutes les matières dont ils doivent connaître d'après les lois et règlements en vigueur ;

2° de conserver et de garantir les attributions de l'autorité administrative quant aux matières qui sont conférées à sa connaissance et à sa décision *par des dispositions législatives.*

Le principe qui domine cette ordonnance est que la juridiction des tribunaux et des cours est pleine et entière pour toutes choses contentieuses qui sont régies par le droit commun, qu'au contraire la juridiction administrative n'est et ne peut être qu'une exception nécessaire, que, s'il importe à l'ordre public de respecter cette exception, il n'importe pas moins *de la restreindre à ses justes limites...* »

En regard de ce document, comment ne pas évoquer ce passage de conclusions développées en 1869 devant le Conseil d'Etat, sur Conflit d'ailleurs — et avec succès — par le commissaire du gouvernement de Belbeuf :

« La compétence administrative présente ici (en dommage de travaux publics) un caractère *exceptionnel.* Elle constitue *un privilège* qui trouve sa justification dans la nécessité de donner à l'intérêt général une satisfaction légitime. Mais, à raison même de ce caractère *exceptionnel et privilégié*, il appartient non seulement au législateur qui consacre ce droit et qui crée la compétence, mais encore à l'Empereur... de fixer les règles à l'application desquelles est attaché *le bénéfice de la juridiction administrative* » (234).

Donc, si la juridiction administrative n'est pas une juridiction « *d'exception* » au sens péjoratif de cette expression, elle est — constitutionnellement et de l'aveu même du gouvernement — et de ses « commissaires », une *exception.*

...Ou — du moins — elle était une exception en régime monarchique : Restauration et Empire. Ne le serait-elle plus « telle qu'elle est *maintenant* comprise » (235)... sous la troisième République ? Et prétendrait-on récuser « maintenant » l'explication — et l'application — d'un régime juridique, l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, *par le gouvernement qui a conçu ce régime, qui a présidé à l'élaboration de cette disposition* en la personne d'un Garde des Sceaux — et qui s'appelait Portalis — et qui se rencontre

(233) Le texte intégral se trouve au Dalloz, J. G., t. XII, 1851, v° « Conflit », p. 117, note 1.

(234) Cons. d'Et., 19 févr. 1869, D. P. 1869.III.50.

(235) *Cf. supra*, p. 398, n. 208

avec Maurice Hauriou sur *le caractère exceptionnel du droit administratif et partant de la juridiction administrative dont ce droit est le domaine* — et cela sous la triple consécration terminologique de la jurisprudence, de la doctrine et de la législation dont nous venons de passer la revue ? Et ne craindrait-on pas qu'à la négation du mot : « *exception* » de la formule de Portalis ne vînt répliquer la négation du mot « *nécessaire* » ?...

Mais, pourra-t-on encore nous opposer, étant admis le caractère exceptionnel du domaine de la juridiction administrative, et, partant, de celle-ci, n'en demeure-t-il pas moins que les actions en dommages-intérêts contre l'Etat constituaient elles-même, dès le principe, aux yeux du législateur une matière appartenant *normalement* au domaine *exceptionnel* de cette juridiction, à ce que l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 devait appeler « le contentieux administratif » ?

A cette objection, nous répondrons d'abord qu'elle revient à dire, que, pour valider l'argument *a contrario* tirant la compétence administrative de la multiplicité des lois édictant la compétence judiciaire, on s'appuie sur le caractère normal de la dite compétence administrative en la matière. *Le vice du cercle serait ici trop sensible.*

Ensuite — et quant au fond de l'argument — nous rappellerons que la responsabilité de l'Etat a si peu constitué dès le principe une matière normalement classée dans le contentieux administratif qu'il n'a pas fallu moins d'un demi-siècle pour l'apparition, pour la révélation, de ce prétendu principe.

Nous avons vu, dans l'arrêt *Héritiers Boyer* du 23 juin 1848 (*supra*, p. 126), le Conseil d'Etat déclarer que le fait générateur du principe ne pouvant être considéré comme rentrant dans l'exécution d'un travail public, « il appartient à l'autorité *judiciaire* de statuer d'après les règles du *droit commun* ».

Nous avons vu, dans l'arrêt *Manoury* du 20 mai 1850 (*supra*, p. 109), le premier Tribunal des Conflits ne déduire (236) la compétence administrative que d'une nécessité accidentelle — particulière aux espèces jugées — de « l'examen de règlements administratifs », argument dont la particularité même suffit à démontrer que la dite compétence à ses yeux n'était — pas plus que la res-

(236) Très discutablement, d'ailleurs, nous l'avons vu (*supra*, p. 110 et surtout p. 315 et s.).

ponsabilité de l'Etat elle-même pour le Conseil d'Etat — « ni générale, ni absolue ».

Nous avons vu, dans l'arrêt *Rougier* (*supra*, p. 127), la même juridiction (237) qualifier « spéciales » les lois « qui attribuent par des considérations d'ordre public la connaissance de l'action à l'autorité administrative ».

Nous avons vu, surtout, l'administration elle-même non seulement ne pas élever le conflit, mais ne pas même soulever l'exception d'incompétence, et se borner à plaider la violation des articles 1382 et s. C. civ. (!) dans les affaires *Frenoy-Tassart*, *Depeyre*, *Vve Paul*, *Vve Muretin*, *Normandin*, *Vandenmarcq*, *Vallet*, etc. (v. *supra*, titre I, chap. II, p. 116 et s.). En particulier, il semble difficilement concevable qu'aux yeux du législateur du 15 juillet 1845 déférant aux tribunaux judiciaires la responsabilité de l'Etat envers les usagers de ses chemins de fer, la compétence administrative eût été normale, alors que la même année 1845 se jugeait, devant la Cour de Cassation, le retentissant procès *Depeyre*, action en responsabilité dirigée contre l'Etat au titre du service des postes, *sans la moindre contestation par l'administration de la compétence judiciaire*.

Aussi bien un témoignage suffisamment objectif de ce que nous avons appelé (*supra*, p. 268) : « la conception juridique nationale », précisément dès le principe, nous paraît fourni par cet extrait de la Jurisprudence générale du DALLOZ, tome X, édition 1848, v° *Compétence administrative*, n° 164, p. 483 :

« Les tribunaux (tout court—toujours) sont compétents pour connaître des dommages-intérêts et indemnités pour réparation d'un dommage causé *toutes les fois qu'il n'en est pas autrement disposé par une loi spéciale*, car les contestations élevées à cet égard sont *des questions de droit privé* se résolvant par *des moyens de droit commun*. Il n'y a pas d'exception à cette règle pour le cas où le dommage aurait pris sa source dans l'application d'actes émanés de l'administration. Seulement s'il est nécessaire pour la solution du litige de faire interpréter ces actes, le tribunal doit *surseoir à statuer* jusqu'à ce que le sens en ait été fixé par l'autorité administrative et *prendre ensuite pour base de son jugement* l'interprétation de celle-ci. »

Puis, au n° 170, p. 485 :

« La compétence des tribunaux civils s'étend comme on l'a déjà dit à tous les genres de contestations qui n'ont pas été *expressément* distraits de leur juridiction. »

(237) Et non plus, cette fois, dans une annulation de conflit comme le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Héritiers Boyer*, mais bien dans une confirmation de conflit.

Et c'est ainsi qu'en 1859, un des maîtres du Droit administratif les plus autorisés de l'époque, Cotelle, traitant de la loi du 28 pluviôse an VIII, article 4, la qualifiait encore : « *loi qui permet de distraire les citoyens de leurs juges* NATURELS » (238).

Il semble, cette fois, que la cause soit entendue, que les textes portant compétence judiciaire constituent : non des *exceptions*, mais bien des *exemples* (239), et que, selon la formule précitée de Ducrocq :

« *Le silence de la loi* suffirait à faire rentrer les litiges concernant les dommages causés aux propriétés et aux personnes *dans le contentieux judiciaire,* LEUR PLACE NATURELLE » (240).

Mais enfin, nous demandera-t-on, pourquoi, si la compétence judiciaire est, en notre matière, normale, pourquoi le législateur, avant et après l'arrêt *Blanco*, s'est-il obstiné, et s'obstine-t-il de plus en plus, à la spécifier ? A cette question, l'on peut répondre par l'adage : « Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant », et nous ajoutons : surtout lorsqu'on a des raisons — trop de raisons — de se méfier de ce qui arrivera si l'on se tait. Et ce n'est pas nous qui le disons :

« La doctrine de « l'Etat débiteur », observe M. Achille MESTRE, ne saurait s'appuyer sur les textes... On a alors cherché à la fonder, *non plus sur les textes qui supposent la compétence administrative, mais sur des textes spéciaux qui prévoient la compétence judiciaire* et sur « la tendance du législateur à introduire dans les lois nouvelles des dispositions expresses chaque fois qu'il veut investir l'autorité judiciaire du droit de constituer l'Etat débiteur ». C'est ainsi

(238) *Cours de Dr. ad.*, 3e éd., t. II, 1859, n° 28, p. 17. — La même expression « juges naturels » vient dans le même sens en 1932 sous la plume d'un juge administratif (v. *infra*, p. 421 et n. 252).

(239) V. *infra*, p. 402.

(240) *Cours de Dr. adm.*, 7e éd., t. II, p. 13. Ici se placerait d'ailleurs toute la série des citations sur la « garde des droits individuels » assurée par la juridiction judiciaire (v. *supra*, p. 367 et s.) et constituant le droit commun, à l'encontre de la « garde de la prérogative administrative » assurée par la juridiction administrative (v. *supra*, p. 335 et s.) et constituant un droit exceptionnel, exorbitant du droit commun.

que la loi du 4 juin 1859 sur le transport par la poste de valeurs déclarées, article 3, décide qu'en cas de contestation, « l'action en responsabilité est portée devant les tribunaux civils ». Cette disposition spéciale dérogatoire au principe général prouve bien, dit-on, qu'en règle générale, la compétence doit être administrative.

Nous ne considérons pas ces arguments *a contrario* comme décisifs ; d'ailleurs, c'est un fait que la jurisprudence du Conseil d'Etat a toujours appliqué la doctrine de « l'Etat débiteur » ; LE LÉGISLATEUR NE POUVAIT PAS NE PAS TENIR COMPTE DE CE FAIT, il a compris que, s'il gardait le silence au sujet de la compétence, la juridiction administrative se prononcerait pour la compétence des tribunaux administratifs ; il a voulu éviter ce résultat... » (241).

Et ce n'est pas davantage M. Mestre qui l'imagine. Que l'on se reporte par exemple aux travaux préparatoires des lois portant compétence judiciaire, notamment de la loi du 20 juillet 1899 sur la responsabilité des instituteurs (242), et l'on constatera que le ministre a positivement appris aux membres de la Chambre que, puisqu'ils tenaient à la compétence judiciaire, il était nécessaire que ce fût spécifié. Passe pour cette fois, leur disait-on en substance, mais considérez que ce que vous décidez ainsi est une chose inouïe. Sachez qu'il faut toute la mansuétude de l'aigle administratif pour se laisser arracher cette plume et — surtout — qu'il soit bien entendu que c'est une dérogation ! Ainsi c'est de la part du pouvoir administratif suprême habileté, lorsque ses efforts contre la compétence judiciaire se brisent contre l'irréductible volonté du législateur, de proclamer que cette compétence judiciaire n'existe que parce que mise dans la loi, et qu'elle n'est mise dans la loi que parce qu'anormale. Ainsi chaque échec, au lieu d'ébranler la position administrative, la renforce. Ainsi se joue ce jeu « à qui perd gagne » sur lequel se referme, comme il s'était ouvert (243), le cycle de nos explications.

De cet ensemble d'observations, nous croyons pouvoir conclure que, si la seule considération des nombreux textes législatifs ayant spécifié, avant l'arrêt *Blanco* (244), la compétence judiciaire en matière de responsabilité de l'Etat ne suffit pas à infirmer le prétendu principe général de la compétence administrative, tout au moins leur existence — ni à plus forte raison leur nombre — ne

(241) *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Thèse Paris, 1899, précitée, p. 89.

(242) D. P 1899.IV Cf. *supra*, p. 207.

(243) *Supra*, p. 401.

(244) La masse des textes législatifs portant compétence judiciaire depuis l'arrêt *Blanco* (v. *supra*, p. 401) ne peut, de l'aveu même de MICHOUD et de TEISSIER (v. *supra*, p. 211), que corroborer cette conclusion.

sauraient être exploités comme un argument *a contrario* en faveur du dit principe.

Le moins qu'on puisse dire, c'est que : si ce n'est pas dans le sens de la compétence judiciaire que doit être interprété « le silence de la loi », c'est encore beaucoup moins dans le sens de la compétence administrative.

Ainsi la quatrième branche de la thèse de la compétence administrative ne se révèle pas, à l'examen, d'une solidité supérieure à celle des trois premières.

APPENDICE

La loi du 20 avril 1932

Si, comme nous l'avons observé en conclusion du précédent Chapitre, le législateur a manifesté antérieurement, et surtout postérieurement, à l'arrêt *Blanco* sa volonté de soumettre la responsabilité de l'Etat à la compétence judiciaire, il est cependant une disposition récente par laquelle il ne paraît pas s'être rendu compte *qu'il a servi la cause de la compétence administrative* en la soustrayant à la menace imminente de la « révolte des faits ». C'est la loi du 20 avril 1932, intervenue pour les raisons et dans les circonstances suivantes.

Il peut se produire qu'un même événement générateur d'un préjudice déterminé implique, pour le patient, la possibilité de donner à son action *deux directions différentes*. Si l'une de ces directions est celle de l'Etat, lequel ne peut être assigné que devant la juridiction administrative, qu'en résultera-t-il ? L'éventualité d'une *contradiction de justice* laquelle peut revêtir, entre autres formes, celle, particulièrement fâcheuse, de *déni de justice*, lorsque l'une et l'autre juridictions ont, pour des motifs contradictoires, rejeté la demande. Le déni de justice, tel est le suprême et fatal aboutissement moralement — et intellectuellement — pénible du régime de l'arrêt *Blanco*, c'est-à-dire d'une dualité de juridictions procédant elle-même d'une règle de compétence contre nature juridique et logique — tout au moins en matière civile : la compétence *intuitu personae* (245).

(245) Le prétendu caractère « *ratione materiæ* » de la règle de la compétence administrative à l'égard de l'Etat nous paraît difficilement soutenable. En effet, dans les hypothèses que nous envisageons, *la matière*, c'est-à-dire *l'ensemble des éléments de l'action*, relève, par hypothèse, de l'une comme de l'autre juridictions. Dès lors, il ne subsiste plus aucune « raison de matière » de maintenir, pour l'action contre l'Etat, la compétence administrative concurremment avec la compétence judiciaire. Si, donc, on la maintient, *même en présence de ce risque déplorable: le déni de justice*, c'est que la règle de la compétence administrative à l'égard de l'Etat procède : non *de la matière responsabilité de l'Etat, mais de la personnalité du défendeur*, de ce « PLAIDEUR EXCEPTIONNEL : L'ETAT » (Louis TROTABAS, *Constit. et gouv. de la France*, p. 80 ; cf. *supra*, p. 364). Aucune autre rai-

Pénible — et dangereuse — puisque c'est précisément un tel déni son n'expliquerait pourquoi la jurisprudence: Conflits — Conseil d'Etat impose la dualité d'instance, la division des compétences, dans toutes les hypothèses où *les mêmes faits* mettent en cause, comme défendeurs, *un particulier et l'Etat*, notamment celles ayant donné lieu à « déni de justice », *plus les suivantes:*
— accidents de travaux publics. entrepreneur et Etat (cf. arrêt *Devisse* précité, *supra*, p. 169, du Tribunal des Conflits);
— demandes en garantie (LAFERRIÈRE, t. I, p. 683);
— demandes reconventionnelles (Nancy, 20 févr. 1919, D. P. 1919.II.67 avec note J. APPLETON; Paris, 15 févr. 1917, D. P. 1918.II.32 et Req., 20 avr. 1920, D. P. 1921.I.124),
— « cumul » des actions en cas de faute personnelle (ainsi, dans l'affaire *Dame Mélinette*, par exemple, la thèse administrative, admettant la compétence judiciaire pour l'agent, revendique la compétence administrative pour l'Etat, *alors que les éléments de l'action — sauf le défendeur — sont identiques*);
— réclamations d'indemnités à raison de poursuites fiscales (affaire *Demoreuil* et similaires, v. *supra*, p. 151; etc.): comment le Conseil d'Etat peut-il justifier autrement son aspiration « tentaculaire » de compétence en cette matière, strictement judiciaire, des voies d'exécution, alors que les faits — même fautifs — générateurs de responsabilité ont été appréciés, que la validité de la saisie a été jugée par la juridiction judiciaire et qu'il ne s'agit plus que de tirer les conséquences de ce jugement pour « déclarer l'Etat débiteur »?

Une décision singulièrement significative à cet égard est l'arrêt GODART précité du Tr. des Confl. (7 juin 1873, Rec. Lebon, 1873, Suppl., p. 109). Le conflit, élevé sur une action en responsabilité contre des agents des postes qui avaient oublié de transmettre un télégramme, a été annulé, non seulement parce que l'action était « dirigée exclusivement contre les agents » dont la faute était — très contestablement d'ailleurs (v. *supra*, p. 99) — jugée personnelle, mais aussi, et surtout, parce que « le sieur *Godart* avait demandé qu'il lui fût donné acte de ce qu'il reconnaissait que, aux termes de l'art. 6 de la loi du 29 nov. 1850, l'Etat n'est soumis à aucune responsabilité à raison du quasi-délit qu'il impute aux sieurs *Cliquet* et *Coignant* et que cette irresponsabilité le protège contre toute action, soit directe, soit indirecte, en vertu de l'art. 1384 du C. civ. ». Ainsi, comme l'observe ici une remarquable note HALLAYS-DABOT (Recueil Lebon, *loc. cit.*) qui prend littéralement la question à la gorge, *une seule chose* intéresse et détermine la compétence: c'est de savoir « *si c'est la responsabilité de l'Etat* qui est en jeu, *ou si c'est uniquement celle d'un agent de l'Etat* » « Dans ce dernier cas, poursuit l'arrêtiste précité, *il n'y a plus lieu de s'arrêter* aux motifs qui sont donnés à l'appui de la compétence administrative en ce qui touche l'Etat: *immixtion dans les détails intérieurs du service, connexité entre le service et le fonctionnaire, nécessité d'apprécier les ordres et les règlements administratifs, nombre et variété des emplois, mode de recrutement, impossibilité d'appliquer le droit commun, principe de la séparation des pouvoirs, défense de troubler les opérations des corps administratifs, etc...* Quoique la poursuite judiciaire contre l'employé puisse, en atteignant celui-ci, *réagir indirectement sur la fonction, sur le personnel, et sur l'organisation du service, le droit commun reprend son empire dès que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée.* » Alors, l'arrêt *Rothschild*? l'autonomie de l'autorité administrative? l'autonomie du droit administratif? *Flatus vocis, prætereaque nihil!* Une seule chose importe: *l'Etat sur la sellette.* On ne saurait mieux dire que: *ce qui commande la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat, ce n'est pas la spécialité de la matière, ce n'est pas la nature de la responsabilité, c'est la personnalité du responsable.*

Puisque, LES ÉLÉMENTS DE L'ACTION RESTANT LES MÊMES, LA COMPÉTENCE SE DÉPLACE AVEC L'ACTION, c'est qu'il s'agit d'une compétence: non pas *ratione materiæ*, mais

de justice intervenu en 1926, qui, par son scandale, mit en jeu le sort de l'arrêt *Blanco*, déféré au jugement du pays par une pétition aux Chambres du malheureux héros de cette affaire : un sieur *Rosay*.

ratione personæ — ou plutôt (cette dernière expression étant déjà prise par la procédure civile dans un autre sens : celui de compétence *ratione loci*) : *intuitu personæ* — et il faut même préciser : en considération de la personne *publique défenderesse : intuitu personæ publicæ reæ*. Ainsi se justifie notre précédente observation (v. *supra*, p. 214, n. 2) *que la doctrine jurisprudentielle régnante de la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat n'est autre chose qu'une nouvelle règle de « l'Etat débiteur »*, réduite à cette matière, et affranchie des « lois de liquidation ». Ou, si l'on veut, la règle de « l'Etat débiteur » est devenue *la règle de « l'Etat défendeur en responsabilité »*.

Or, il est facile de voir que, particulièrement en matière de responsabilité civile, une règle de compétence *intuitu personæ reæ* porte *en soi* une *contradiction* qui la condamne. Il suffit de considérer que *la réparation n'est qu'un équivalent du préjudice*. Que l'action en responsabilité intentée par la victime demanderesse soit rejetée, *et c'est celle-ci qui est, par là-même, condamnée* à subir seule et définitivement le poids du préjudice lui-même, qu'elle avait prétendu rejeter par équivalence sur le défendeur en responsabilité. Que l'action ne triomphe qu'en partie, et la langue juridique traduit précisément notre observation en disant que « *les responsabilités* sont partagées ». Le 7 mai 1864, résumant les débats de l'affaire *Armand* (Cass. Crim., 7 mai 1864, D. P. 1864.I.313 ; J. P. 1864, p. 982), le président des assises des Bouches-du-Rhône s'exprimait ainsi : « C'est entre ces deux hommes (l'accusateur et l'accusé) que vous avez à choisir : *acquitter l'un, c'est moralement condamner l'autre.* » A plus forte raison, dans une action civile et particulièrement en responsabilité civile, ne voir qu'un demandeur et un défendeur, c'est s'arrêter à une vue superficielle des choses et ne considérer *que la réparation* du préjudice *en oubliant le préjudice lui-même*. Si l'accueil de la demande est la condamnation du défendeur, son rejet est la condamnation, non plus seulement morale comme en matière pénale, mais aussi matérielle, du demandeur. *Débouter le demandeur en responsabilité, c'est-à-dire en réparation du préjudice, c'est donc le condamner à la charge définitive du préjudice lui-même. Ainsi le tribunal judiciaire qui déboute l'Etat le condamne — comme, d'ailleurs, le tribunal administratif qui déboute le particulier d'une action en responsabilité civile contre l'Etat condamne ce particulier.* Fermer au citoyen le prétoire judiciaire pour le contraindre à assigner l'Etat devant la juridiction administrative, c'est non seulement le distraire de ses juges naturels, mais même *l'exposer à l'éventualité d'une condamnation par des juges qui ne le sont pas.* Inversement, lorsque l'arrêt *Blanco* rejette, pour la responsabilité de l'Etat, « les principes établis par le Code civil pour les rapports de particulier à particulier », il s'expose précisément à cette question : l'action en responsabilité de l'Etat contre un particulier est-elle un rapport *de particulier à particulier?* Et pourquoi la nécessité de la compétence administrative apparaîtrait-elle plutôt dans un sens que dans l'autre ? *Ubi eadem ratio idem jus.* Ne serait-ce pas l'explication de la disparition (par nous signalée *supra*, p. 188, n. 119) des sept mots ci-dessus de l'arrêt *Blanco* dans sa copie *Verbanck?*

Au total, la thèse de la compétence administrative pour la responsabilité civile de l'Etat est, à la fois, *contraire à la nature des choses* qui n'admet pas une compétence *intuitu personæ* en une telle matière, et contradictoire avec elle-même en tant que *restreinte* au sens de la *défense : intuitu personæ publicæ reæ*. L'éventualité, ici considérée, du déni de justice apparaît donc bien comme la révolte des faits contre *cette violation de la nature matérielle et rationnelle des choses.* Quelle était la solution naturelle ? Abattre la règle de compétence contre nature. Quelle a été la solution imaginée et obtenue ? L'examen de la loi du 20 avril 1932 va nous l'apprendre.

Selon deux intéressantes études sur la loi du 20 avril 1932 (246) — à laquelle nous allons arriver, ce déni de justice était d'ailleurs *le cinquième* — connu — d'une série dont le premier terme fut la légendaire affaire de « L'Iris » (247). Mais, du fait de l'affaire — et de la pétition — *Rosay*, le péril était en la demeure. Jamais encore, le régime de l'arrêt *Blanco* n'avait été plus près de sa perte... Il fallait aviser...

Et la loi du 20 avril 1932 fut...

Plusieurs solutions — quatre au moins — pouvaient se concevoir. Dans la conjoncture où la complexité de la cause détermine une dualité d'instances et de compétences, on pouvait décider que l'unité nécessaire serait réalisée par la jonction des instances :

— soit *dès le principe*, sous la compétence *judiciaire* (248) ;

— soit *dès le principe*, sous la compétence *administrative* ;

— soit seulement *a posteriori*, sous *l'une ou l'autre* compétence, par décision du Tribunal des Conflits ;

(246) René MARTIN, auditeur au Conseil d'Etat : *Note sous la Loi du 20 avril 1932* au D. P., 1932.IV.273 et J. THEIS, également auditeur au Conseil d'Etat : *Le Tribunal des Conflits juge du fond*, Rev. Dr. Publ., 1932, p. 491 et s.

(247) Un navire d'armateur, affrété pendant la guerre de Crimée par l'Etat français, ayant été détruit devant Sébastopol, les tribunaux judiciaires exonérèrent de la responsabilité l'assureur des risques de mer, et le Conseil l'Etat en exonéra l'Etat assureur des risques de guerre.

(248) Cette solution eût été celle de la jurisprudence qui — « ne séparant pas ce que Dieu a uni » — décide que : dans le cas de deux demandes « *ayant entre elles une étroite connexité et même une indivisibilité véritable* » et telles « *qu'on ne peut équitablement juger l'une sans apprécier l'autre* », « *la même juridiction doit être saisie des deux* » et « *la juridiction d'exception* doit laisser au tribunal investi de la pleine juridiction le soin de statuer sur l'ensemble des demandes » (Paris, 2 juin 1931, Gaz. Pal., 1931.II.413, avec la jurisprud.) — que « *dans le concours de deux juridictions : l'une ordinaire, l'autre exceptionnelle, quand.... on risquerait... en jugeant séparément... de donner des solutions inconciliables, la juridiction ordinaire doit, par l'effet d'une prorogation légale, l'emporter sur la juridiction exceptionnelle, et rester saisie de toute l'affaire...* » (Civ., 21 oct. 1931, Gaz. Pal., 1931.II.386). Dans sa note précitée *Lemonnier* (S. 1918-19.III.41 ; N. A. H., I, p. 651), Maurice HAURIOU lui-même écrivait : « AU-DESSUS DU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS, ON AURAIT DÛ EN PLACER UN AUTRE : CELUI DE L'UNITÉ DES PROCÈS ». Seulement, pour adopter cette solution, il faudrait dire *quelle est la juridiction d'exception*, et, comme on ne saurait décemment prétendre que c'est la juridiction judiciaire, force serait de reconnaître ce qui a été reconnu par PORTALIS, par COTELLE, par DUFOUR, par LAFERRIÈRE, par HAURIOU, par toute la jurisprudence et par le législateur (Cf. *supra*, p. 405 et s.), à savoir que *la juridiction administrative est une juridiction d'exception*. Et nous avons vu, en conclusion du précédent Chapitre, que ce serait le renversement du postulat fondamental de la thèse de la compétence administrative. AINSI PRIS ENTRE L'ABSURDITÉ DE LA DIVISION DE LA COMPÉTENCE ET LA CONSÉQUENCE LOGIQUE DE SON UNIFICATION, L'ANTICONSTITUTIONNEL ARRÊT BLANCO NE POUVAIT ÊTRE SAUVÉ QUE PAR UNE ATTEINTE PLUS GRAVE ENCORE A LA CONSTITUTION,

— soit, enfin, sous la seule compétence — et *par évocation* — du Tribunal des Conflits *lui-même*.

Les deux premières solutions respectaient le caractère constitutionnel du Tribunal des Conflits : tribunal suprême — et exclusif — DE LA COMPÉTENCE. La troisième portait atteinte à ce caractère en ce sens que le Tribunal des Conflits — en fait — ne pouvait décider de la compétence que par l'examen du fond. Mais l'atteinte n'était pas radicale, puisque, malgré tout, de cet examen du fond, le Tribunal des Conflits n'aurait déduit qu'une décision de compétence et non de fond. Quant à la quatrième, elle constituait proprement une *hypertrophie anticonstitutionnelle* du rôle du « tribunal des compétences » (249).

Or si la question *patente* était la sauvegarde du justiciable, de l'administré, la question *latente* était le sauvetage de l'arrêt *Blanco* (250), c'est-à-dire de la cause de l'administration — et *d'un fief de la juridiction administrative*. Donc : ni de la première, ni même de la troisième (251) solutions, l'on ne voulut. La deuxième, l'on n'osa. Restait... la quatrième. Sur les travaux d'une Commission de la Société d'études législatives constituée sous la présidence de M. Romieu, président de la section du contentieux du *Conseil d'Etat*, sur l'avis d'une autre commission dont le rapporteur était M. le *conseiller d'Etat* Lacroix, vice-président *du Tribunal des Conflits*, fut sollicitée et obtenue du Parlement, par le gouvernement, cette quatrième solution. Et ce fut, nous le répétons, la loi du 20 avril 1932, dont l'article premier est ainsi conçu :

« Peuvent être déférées au Tribunal des Conflits lorsqu'elles présentent contrariété conduisant à un déni de justice, les décisions définitives rendues par les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires, dans les instances introduites devant les deux ordres de juridictions pour des litiges portant sur le même objet. »

Ainsi, selon les propres termes de M. René Martin (*op. cit.*, p. 273, col. 3), était attribuée au Tribunal des Conflits « une mission *différant entièrement* de celle *pour laquelle il a été créé* ».

L'excuse tirée par M. J. Theis (*op. cit.*, p. 496) de l'attribution au Tribunal des Conflits, en 1848, du rôle de juge de cassation des arrêts de la Cour des Comptes, n'est pas décisive puisque, en cette

(249) Selon l'expression de M. Gaston JÈZE (R. Dr. Publ., 1910, p. 251).

(250) Et, par répercussion, de l'arrêt *Thomassin* (v. *supra*, n. 211 de la p. 400).

(251) Cette troisième solution comportait, en effet — outre ses inconvénients techniques — *l'éventualité de la jonction, administrativement indésirable, sous la compétence judiciaire.*

occurrence, ne sont en cause que des agents administratifs justiciables de la juridiction administrative. En revanche, et comme le reconnaît loyalement le même auteur (p. 503) :

« On porte atteinte à la règle du double degré de juridiction puisque, dans le cas où les juridictions d'appel ont statué, on soumet les faits à un troisième examen ; on ne respecte pas l'autorité de la chose jugée ; et enfin, on donne, à cette juridiction souveraine suprême, plus de pouvoirs que n'en avaient les juridictions de cassation qui ont peut-être été saisies avant elle. »

Mais ce qui est plus grave c'est la soustraction du justiciable à ses « juges naturels » (252). Dans le commentaire de M. René Martin (D. P. 1932.IV.273, col. 3, ligne 26) nous lisons :

« Le principe d'après lequel l'Administration ne peut être condamnée que par les tribunaux administratifs, les particuliers ne pouvant l'être que par les tribunaux judiciaires, ne subit pas d'atteinte sérieuse ; la personne condamnée le sera par une majorité dont fera nécessairement partie au moins un de ses juges naturels. »

Tout d'abord, nous constaterons, une fois de plus, la confusion entre l'administration et l'Etat, le grand sophisme verbal de la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité pécuniaire de l'Etat. Encore une fois, ce n'est pas *l'administration* — qui ne dispose que des deniers de l'Etat — c'est *l'Etat* qui est, sinon « condamné » (253), du moins « déclaré débiteur ». Et puis, nous arrivons au point sensible et capital : « La personne condamnée, nous observe-t-on, le sera par une majorité dont fera nécessairement partie au moins un de ses juges naturels. » Or, d'abord, le principe constitutionnel est : non pas que le justiciable ne doit être « *condamné* » que par ses juges naturels, mais qu'il ne doit pas être « DISTRAIT » de ses juges naturels. Donc, si l'on considère, comme notre auteur — et à très juste titre — que *les juges naturels des particuliers sont les juges judiciaires*, il en résulte que les particuliers ne doivent pas être plutôt comme demandeurs que comme défendeurs distraits de leurs juges naturels : les tribunaux judiciaires (254). Ensuite, et pour l'Etat — non pas l'administration,

(252) Expression que nous empruntons à M. René MARTIN, *ibid.* : c'est elle que nous visions ci-dessus dans la note 238 de la p. 413.

(253) Sur cette expression, cf. *supra*, p. 287 et s.

(254) On n'a d'ailleurs pas oublié notre précédente observation (*supra*, note 245 de la p. 418) que, si l'accueil de la demande est la condamnation du défendeur, son rejet est la *condamnation du demandeur*, sur qui pèsera la charge définitive du préjudice.

nous le répétons — nous rappelons ce que nous nous sommes précédemment attaché (*supra*, p. 302 et s.) à établir, à savoir que *la juridiction administrative n'est, en aucune manière, un juge plus naturel que la juridiction judiciaire.* L'une comme l'autre sont, au même titre, encore que dans des zones d'action différentes, les porte-parole de l'Etat pour la proclamation de la justice.

Poursuivons : « La personne condamnée le sera par une majorité dont fera nécessairement partie au moins un de ses juges naturels. » — Sans doute, mais elle pourra être condamnée *contrairement à la majorité de ses « juges naturels »* (255) : voilà qui est gravement anticonstitutionnel.

Et voici qui l'est davantage encore : c'est que ce n'est pas seulement contrairement *à la majorité* — mais contrairement *à l'unanimité* — de ses juges naturels, qu'elle pourra être condamnée. C'est ce qui arrivera, on l'aperçoit immédiatement, en cas de partage des voix *lorsque la décision sera, en fait, celle du président.* Or, qui est le président ? *On ne le sait que trop :* c'est le ministre de la Justice. Conclusion : non seulement le fait que la personne condamnée le sera « au moins par un de ses juges naturels » n'apparaît déjà pas satisfaisant, mais ce fait n'est même pas certain, puisque la condamnation peut être prononcée par le ministre de la Justice contrairement au jugement des quatre juges représentant la juridiction judiciaire. Et l'arrêt *Blanco* et l'arrêt *Feutry* sont là pour nous montrer, non seulement que cette hypothèse n'est pas imaginaire, mais encore qu'elle se présentera en des espèces où seront le plus âprement engagés des principes essentiels — et des intérêts considérables (256). *Tout au moins, avant d'aborder une réforme accrois-*

(255) Il semble, en vérité, fort difficile d'expliquer autrement la décision inaugurale du nouveau régime, rendue précisément sur cette affaire *Rosay*, à laquelle la loi du 20 avril 1932 doit le jour, et posant l'équivalence de culpabilité entre : d'une part, le fait multiple, non seulement « d'aborder un carrefour à une vive allure » et de violer la règle de priorité, mais encore « sans signaler suffisamment (?) son approche » — et, d'autre part, le simple fait de virer « en se rapprochant trop du talus qui est à sa gauche ».

(256) De ces principes et de ces intérêts, la liste n'est que trop longue. Lorsque, dans le cours de cette étude, nous avons été amené (*supra*, p. 364 et s.) à confronter les jurisprudences administrative et judiciaire au regard de l'intérêt du justiciable, nous avons relevé une série de divergences qui ne témoignent pas précisément en faveur du « libéralisme » de la jurisprudence administrative. Grâce à la soustraction des justiciables à leurs juges judiciaires et naturels, opérée, comme nous l'établissons au texte, par la loi du 20 avril 1932, l'administration peut nourrir au moins l'espoir de poursuivre sur ces différents points, avec quelque chance de succès, devant le Tribunal des Conflits, une résistance à laquelle elle devait absolument renoncer devant la juridiction judiciaire. Par son apprécia-

sant les pouvoirs du Tribunal des Conflits, eût-on pu se rappeler que, depuis longtemps (257), *était réclamée une réforme en augmentant les garanties : la réforme de la présidence.*

Enfin, l'on ne saurait compter pour rien les complications — les tribulations — que réserve au justiciable cette procédure du conflit négatif alors que la compétence unique — et judiciaire — la seule constitutionnelle, serait si simple.

Bref, devant le soulèvement d'une soupape de sûreté, que fait le mécanicien ? Il réduit la pression. Qu'a fait la loi du 20 avril 1932 ? ELLE A SURCHARGÉ LA SOUPAPE. Devant la révélation de la cause du mal par son effet, c'est celui-ci qu'elle a traité plutôt que celle-là, pratiquant ainsi ce que la thérapeutique appelle LA MÉDICATION DES SYMPTÔMES.

Aussi bien l'on conçoit difficilement l'existence d'un moyen de satisfaire *à la fois :* et l'intérêt particulier du gouvernement et de l'administration, et l'intérêt particulier du Conseil d'Etat et l'intérêt particulier du Tribunal des Conflits (258), et l'intérêt particulier du justiciable — et, par surcroît, l'intérêt général supérieur de l'Etat : la Justice (259).

La loi est la loi — et, devant l'autorité de la chose légiférée, personne plus respectueusement que nous ne s'inclinera. Mais, de la discussion de celle-ci, il ne paraît pas ressortir que *son inspiration, sa tendance, et sa portée réelle* aient été décelées — ni soient apparues — au Parlement, dont l'orientation vers la compétence judiciaire en la matière s'est, nous l'avons vu, *si nettement affirmée depuis l'arrêt Blanco.* La loi est la loi — mais *il n'est pas sans exemple que la religion du législateur ait été surprise* et il n'est pas interdit d'en appeler du législateur moins informé au législateur mieux informé. Si la *lex lata* s'impose — quelle qu'elle soit — au respect du commentateur, celui-ci ne relève, quant à la *lex ferenda*, que de sa conscience juridique et ce qu'a fait la loi conférant au Tribunal des Conflits une compétence de fond dans une conjoncture particulière, une loi restituant à la juridiction judiciaire sa

tion des faits de la cause (v. note précédente), la décision *Rosay* ne semble pas interdire absolument cette conjecture, non plus, d'ailleurs, que les conditions mêmes de l'élaboration de la loi du 20 avril 1932 (v. *supra*, p. 420).

(257) Cf. l'article précité de M. Gaston JÈZE : *La présidence du Tribunal des Conflits*, R. Dr. Publ., 1908, p. 257 et s. — *Adde :* L. TROTABAS, *supra*, p. 141, n. 8.

(258) Satisfactions dont témoignent éminemment les conclusions optimistes des deux études précitées de deux savants auditeurs au Conseil d'Etat.

(259) « Le premier et le plus grand intérêt public est toujours la justice ». (J.-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la montagne*, IX, v. *supra*, p. 305).

compétence générale en matière de responsabilité, SANS ACCEPTION DE LA PERSONNE DU DÉFENDEUR, pourra le défaire, alors, surtout, que, par la très heureuse jurisprudence de l'arrêt *Dame Mélinette*, le Tribunal des Conflits lui-même aura préparé la voie.

S'agissant, donc, de la *lex ferenda*, la doctrine n'outrepasse pas son droit en donnant l'alarme — elle faillirait, au contraire, par son silence, à sa plus haute mission : « *Si l'épée vient*, est-il écrit, *et que la sentinelle ne donne pas l'alarme il sera demandé compte à la sentinelle du sang versé.* »... L'épée vient... elle est venue... sa pointe nous touche...

CONCLUSION

ET CONSTRUCTION

« Utilitate communi servata, suam cuique tribuere dignitatem ».

CICÉRON, *De inventione*, II, 53.

L'arrêt *Blanco* n'est que le *pavillon* de la doctrine de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat à raison de l'activité des agents administratifs à son service — thèse dont l'argumentation déborde largement, tout en s'y référant rituellement, celle de cette décision. D'autre part, en cette même matière, *l'entrelacement de la question de compétence et de la question de fond* ne permet pas d'en séparer l'examen. Enfin, la spécialité de fond de la matière : responsabilité de l'Etat, spécialité qui tient — comme la compétence administrative dont elle est le prétexte — à la qualité du défendeur en responsabilité, de « ce plaideur exceptionnel : l'Etat », maître du service public administratif, ne nous a paru pouvoir être rationnellement appréciée — et circonscrite — qu'à la faveur d'une théorie générale de la *responsabilité dans la conjoncture du service : privé comme public*. Pour ces diverses raisons, notre étude s'est trouvée, elle-même, entraînée par son sous-titre au delà de son titre, et la périlleuse multiplicité des écueils rencontrés au cours de notre route sous la forme de controverses séculaires et de paralogismes titularisés n'a pas manqué de justifier amplement nos appréhensions liminaires. Telle est l'explication — sinon la justification — du développement de nos recherches. En voici maintenant les résultats essentiels.

Le mal est innombrable et fatal, mais LA NÉCESSITÉ DE LA RÉPARATION, par l'homme, du mal causé à l'homme par l'homme, nécessité de rétablissement « incluse » dans la rupture même de l'équi-

libre rompu, est — en soi et abstraction faite de toute considération parasite de « répartition », de « solidarité », ou autre — une forme, intangible et impérative entre toutes, de la Justice.

Spécialement dans l'ordre juridique, cette forme est même double. Pour l'atteinte à l'ordre social (infraction), la réparation est une punition *contre l'agent*, et, pour l'atteinte au droit individuel (préjudice, c'est-à-dire : dommage injuste), la réparation est une récompense (au sens juridique de compensation) *pour le patient*. *Contre* l'agent, c'est la réparation pénale, c'est-à-dire répressive : « justice punissante ». *Pour* le patient, c'est la réparation *civile*, c'est-à-dire restitutive, compensatoire : « justice indemnisante. »

La faute — *stricto et recto sensu* — la faute *réelle* et *véritable*, c'est-à-dire : ni *imaginaire* (système ancien et abandonné de la *présomption-fiction* de faute), *ni falsifiée* (système récemment instauré de la *dénaturation* de la faute, notamment par la « *faute objective* » et par la prétendue « *faute de la personne morale* » en la personne de son « *organe* »), est plus qu'une erreur, plus même qu'une incorrection. C'est, de la part d'une personne humaine « douée de conscience », une incorrection (par action ou par omission) répréhensible, blâmable, coupable, *reprochable à celui à qui elle est reprochée* parce qu'il *aurait pu* — et que, *le pouvant, il aurait dû* — *se comporter autrement*. En son concept le plus large, la faute s'analyse en un manque de rectitude d'*intention* ou *d'attention*, en un *manquement* au double devoir général d'être droit et adroit, *au double devoir général de loyauté et de prudence* (*lato sensu*, comprenant l'attention, l'adresse, la diligence).

Jusqu'à la fin du siècle dernier, on n'avait pas distingué *les deux modes concevables* d'intervention d'une personne dans la production d'un préjudice, selon que ce préjudice procède *directement* de son fait *propre* ou du fait *d'une personne ou d'une chose* à son service. Dans un cas comme dans l'autre, l'obligation de réparation ne pouvait elle-même procéder que de la présence *d'une faute* qui constituait non seulement *sa condition*, mais *son fondement*. *A cette obligation de réparation impliquant la faute, la culpabilité, de l'obligé, convenait le nom de* responsabilité *impliquant culpabilité et sanction*.

Mais, avec l'évolution sociale matérielle et morale, il est apparu que la justice s'oppose à ce que celui qui a accru sa puissance d'utilité pour lui et de nocivité pour autrui par l'emploi d'une personne ou d'une chose a son service puisse se soustraire à la répa-

ration du préjudice procédant du fait de cette personne ou de cette chose, sous le prétexte qu'il ne saurait lui être reproché, *à lui-même, aucune faute* au regard de la production du préjudice incriminé. Il a été reconnu que, dans ce cas, *cet accroissement de puissance utile pour soi et nocive pour autrui* peut, tout aussi bien que la faute — et en son absence même — *fonder l'obligation de réparation*. Et il le peut d'autant plus rationnellement que, selon notre précédente observation, la réparation civile n'est NULLEMENT CONTRE L'AGENT, mais UNIQUEMENT POUR LE PATIENT. Ainsi la formule de Bertrand de Greuille : « La loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre » (1) évoluait elle-même en celle-ci : La loi ne peut balancer entre celui qui souffre et celui QUI A POSÉ UNE CONDITION, aussi bien licite qu'illicite, de la souffrance, *par sa double puissance* (2).

Seulement, il n'apparut pas en même temps que *le changement* de base — et partant *de nature* — de l'obligation de réparation appelait un *changement de nom*. La *responsabilité* impliquant la *culpabilité*, la conception d'une responsabilité sans faute — c'est-à-dire sans culpabilité — était *contradictoire*, et c'est alors que le « fétichisme de la faute » (*supra*, p. 17, n. 24) crut trouver la solution de cette contradiction dans la *présomption* de faute, puis dans la *dénaturation* de la faute *vidée de la culpabilité*. C'est, au contraire, dans un *changement de concept et de nom de l'obligation de réparer* correspondant à son *changement de nature* que réside la solution. Pas plus que le mot « responsabilité » tout court, ne sont d'ailleurs acceptables les expressions : « responsabilité objective », « responsabilité pour dommage », *ni, surtout, l'expression : « responsabilité pour risque », la plus vicieuse et la plus fâcheuse de toutes*. Historiquement et juridiquement, le terme propre serait : GARANTIE.

Ainsi *l'obligation de réparation civile* d'un préjudice apparaît comme un *genre en deux espèces* : l'obligation de réparation *pour faute* qui est proprement : *la « responsabilité »* — et l'obligation de réparation *sans faute* qui devrait s'appeler GARANTIE. Néanmoins et pour la raison de clarté ci-dessus indiquée (n. 66 de la p. 33), nous

(1) *Rapport au Tribunat*, séance du 16 pluviôse an XII (6 février 1803), LOCRÉ, t. XIII, p. 41.

(2) Cette transposition n'est d'ailleurs, elle-même, que la mise en forme logique de ces deux autres maximes de BERTRAND de GREUILLE : « N'est-ce pas le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer ? » (*Rapport* précité *au Tribunat*, *ibid.*) et : « En thèse générale, rien de ce qui appartient à quelqu'un (chose *ou personne*, disons-nous) ne peut nuire impunément à autrui » (*Ibid.*, FENET, t. XIII, p. 477).

continuerons, lorsque le contexte s'y prêtera, à employer le mot *responsabilité* pour *l'expression générique : obligation de réparation.*

Il faut même, à notre avis, poursuivre encore cette éviction de la condition : faute. L'obligation de réparation nous paraît, en effet, devoir être imposée à une personne à raison de son intervention *indirecte* dans la production du préjudice envisagé *par interposition du fait d'une personne ou d'une chose à son service*, sans la moindre faute ni « présomption de faute » non seulement de sa part, mais même de la part de la personne de « l'agent » — tout comme de la chose — à son service. Généralement contesté, nous l'avons reconnu, ce dernier point n'en est pas moins admis par une opinion autorisée, que nous nous sommes attaché à justifier. Non contestable, d'ailleurs, pour le cas très fréquent où le préjudice procède de la mise en action, par l'agent lui-même, d'une chose au service — comme lui — du maître du service (arrêt *Jeand'heur*), il paraît devoir s'imposer de plus en plus (3).

Or, la possibilité de commettre une faute : action ou commission répréhensible, est le privilège exclusif de la personne *humaine*, « douée de conscience ». *Publique* comme *privée*, la personne *morale ne peut agir que par des « agents »* susceptibles de causer des préjudices en commettant ou non des fautes, et elle ne saurait être soustraite, parce que morale, à l'obligation de la réparation de ces préjudices dans les mêmes conditions qu'une personne humaine. Mais, parce qu'on impute à la personne morale *les conséquences* des fautes de ses agents, lui en attribuer *la commission*, c'est pousser l'anthropomorphisme au delà d'une juste mesure. Dès lors, la prétendue *responsabilité de la personne publique* — comme de *toute personne morale* — est, en réalité, une GARANTIE.

De cette mise au point terminologique, ressortent, pour l'obligation de réparation, par l'Etat, des préjudices causés par ses agents, les conséquences *de fond* et *de compétence* suivantes.

Quant au fond, la « *garantie* » n'impliquant pas la culpabilité et, partant, *le blâme* — qu'implique la « responsabilité », rien ne *s'oppose* à ce qu'elle soit assumée par une personne morale et

(3) « *Ainsi se dessine un mouvement toujours croissant tendant à accorder à la victime la réparation du dommage subi* EN DEHORS DE LA FAUTE ET MÊME DE LA RESPONSABILITÉ DE L'AUTEUR. Les notions contemporaines d'équité et de justice *nous aiguillent impérieusement dans cette voie* » (A. KAFTAL, avocat à la Cour d'appel de Varsovie : *La réparation des dommages causés aux voyageurs dans les transports aériens*, R. Tr. Dr. Civ., 1929, n° 4, p. 40).

souveraine. Tout au contraire cette « garantie » sans faute du « garant » *s'impose* doublement *a fortiori* par le caractère *moral* et *souverain* de celui-ci.

Quant à la compétence, ce fait que l'obligation de réparation civile incombant à la personne morale publique est une garantie sans faute du garant permet à ses agents — à ses *serviteurs* — juridictionnels : *judiciaires* comme *administratifs*, de *reconnaître* « l'Etat débiteur » d'une telle obligation de *garantie*, alors qu'il serait *constitutionnellement, comme rationnellement, interdit à toute juridiction au service de l'Etat* (4) — aussi bien administrative que judiciaire — de proclamer *son maître responsable*, donc *coupable*. Tout comme le souverain-*homme*, et *a fortiori, le* souverain-*nation* — en droit interne du moins et *au regard de* SES *juridictions internes* — ne peut « mal faire ».

La question de réparation d'un préjudice peut se poser : soit entre deux personnes qui ne se trouvent pas *en situation de relation juridique préexistante*, qui sont des *étrangers juridiques, des tiers* — soit entre des personnes qui se trouvent *en situation de relation juridique* par la préexistence d'un CHAMP JURIDIQUE D'OBLIGATIONS *de l'une envers l'autre* ET DE POUVOIRS *de l'une sur l'autre*. En l'état actuel de la science du Droit, civil comme public, on distingue le préjudice selon qu'il procède — ou non — du défaut d'exécution d'une obligation *contractuelle*. Cette distinction entre la « responsabilité contractuelle » et la « responsabilité délictuelle » est un produit de la *confusion entre l'obligation et le contrat*, confusion qui procède elle-même du « fétichisme de la source » (spécialement « du contrat »), de « l'hypnose contractuelle », pendant du « fétichisme de la faute » (v. *supra*, p. 427 et 37, n. 79). Son illogisme *se traduit — et se trahit* — par l'existence d'un *territoire contesté* : celui de la responsabilité résultant du défaut d'exécution d'une *obligation non contractuelle*, responsabilité qu'il n'est *pas plus*

(4) Le juge « rend des arrêts, et non pas des services », c'est entendu — et pas plus à tel « gouvernant » qu'à tel « gouverné ». Mais il n'en est pas moins *au service de justice de l'Etat*, au service de l'Etat pour la justice. Et le jour où le commandement d'un représentant, d'un titulaire de l'autorité de l'Etat, *qualifié et agissant comme tel à l'égard du juge, apparaîtra à la conscience de celui-ci* comme *contraire à la justice*, le juge ne peut que *résigner sa fonction* (à moins d'en appeler au peuple). Ainsi le juge « ne rendra pas de services », mais — IL NE RENDRA PLUS LA JUSTICE ! *Etre juge au service de l'Etat ou ne pas être juge :* telle est la formule du service *public* — c'est-à-dire *national* — de *justice*, comme de tout service : *public* comme *privé*.

permis de qualifier *délictuelle* (puisqu'elle procède d'une situation juridique *d'obligation* préexistante) que *contractuelle* (puisque cette obligation *ne l'est pas*). Ce qui correspond, ce qui s'oppose, *à l'absence* de relation juridique entre les parties ce n'est pas *la présence* d'une relation *contractuelle*, mais bien la présence d'une *obligation* du demandeur en responsabilité envers le défendeur ou d'un *pouvoir* du demandeur sur le défendeur. Ce qui s'oppose au préjudice et à la responsabilité *délictuels*, ce n'est pas le préjudice et la responsabilité procédant du défaut d'exécution d'une obligation *contractuelle*, ce n'est pas le préjudice et la responsabilité *contractuels*, c'est le préjudice et la responsabilité procédant du défaut d'exécution d'une *obligation — quelle qu'en soit la source —* ou de l'excès d'exercice d'un *pouvoir — quelle qu'en soit la source —* et qui ne nous ont pas paru pouvoir être mieux nommés que préjudice et responsabilité *obligationnels*.

A la vérité, nous avons été amené par la suite à assortir la *présence* du *contrat* d'une *conséquence* importante de *compétence :* l'option *franche* permise *à l'administration*. Mais, tout au moins, ne saurait-on se contenter de la distinction *bipartite :* responsabilité *délictuelle* — responsabilité *contractuelle*. La considération s'impose, entre ces deux régimes *qui n'épuisent pas la matière responsabilité*, d'un *tiers régime, complémentaire* et *intermédiaire :* celui de la responsabilité *obligationnelle non contractuelle*. De là encore, découlent, pour la responsabilité de la personne publique, des conséquences *de fond et de compétence*.

Quant au *fond*, les membres de la société nationale, comme de toute autre société, peuvent éprouver, de la part des agents de la société, des préjudices procédant — ou non — du défaut d'exécution d'une obligation (ou de l'excès d'exercice d'un pouvoir) de la société à l'égard de ses membres, lesquels peuvent ainsi être atteints en tant qu'*usagers* (ou que *sujets*) ou en tant que *tiers*. Dès lors, le fait que la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle n'épuise pas la matière : responsabilité de la Puissance publique — que, selon les termes de M. Paul Duez : « il existe une responsabilité de la Puissance publique *en dehors* du contrat et du délit » — le fait que, selon les conclusions *Grimaud* de M. le commissaire du gouvernement Rivet, les préjudices causés en matière non contractuelle peuvent atteindre les patients : soit en tant qu'*usagers* (ou *sujets*), c'est-à-dire créanciers d'une obligation de prestation de service (ou tributaires d'un pouvoir), soit en tant que *tiers* — N'APPARAÎT PLUS COMME SPÉCIAL A LA DITE MATIÈRE : RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE. Si, en effet, le Code civil

ayant lui-même versé *dans la conjusion néfaste entre le contrat et l'obligation*, la science du Droit civil n'a pas encore *poussé* le concept de responsabilité *contractuelle* jusqu'à celui de responsabilité *obligationnelle — quelle que soit la source de l'obligation, le progrès même de la théorie de la responsabilité contractuelle l'y conduit :* « PAR LE CODE CIVIL, MAIS AU DELA DU CODE CIVIL. » Ainsi, dans l'Avant-Propos de la 2e édition de leur magistral *Traité de la Responsabilité civile* (p. VII), MM. H. et L. Mazeaud arrivent à une distinction entre l'obligation « *générale* » et l'obligation « *déterminée* », sœur cadette de la distinction de M. Rivet entre le « tiers » et « l'usager » et ne différant de notre propre distinction entre *l'absence* et *la présence d'obligation* qu'en ceci que : contrairement à d'éminents auteurs (parmi lesquels MM. Baudry-Lacantinerie, Henri Capitant, François Gény), ils accordent le nom d'*obligation juridique* au *devoir général* de loyauté et de prudence — simple controverse terminologique. *Du même coup*, S'ÉVANOUIT LA CONSÉQUENCE DE COMPÉTENCE : SPÉCIALITÉ DU JUGE, *déduite, pour la responsabilité de la Puissance publique, de cette prétendue* SPÉCIALITÉ DU DROIT.

Quelle que soit la nature du préjudice incriminé, *obligationnel* ou *délictuel*, c'est-à-dire procédant — ou non — du défaut d'exécution d'une obligation sociale ou de l'excès d'exercice d'un pouvoir social, l'obligation de réparation (que, pour ne pas superposer les difficultés, nous appelons toujours « responsabilité ») est toujours une « *garantie* ». Seulement, cette garantie est « *obligationnelle* » dans le premier cas, « *délictuelle* » dans le second.

L'obligation de réparation DÉLICTUELLE *dans la conjoncture du service* (nous disons par ellipse : « *dans le service* ») a pour *fondement la supériorité de puissance utile pour lui* et *nocive pour autrui*, que le maître du service s'est constituée *précisément par le service* : elle est la contre-partie, le contrepoids, de *ce double potentiel* d'utilité pour soi et de nocivité pour autrui, en un mot : *le devoir du pouvoir*. Elle a, d'autre part, pour double *condition*, l'existence de deux relations :

— l'une, *entre le maître du service et la personne* à raison de l'activité nocive de laquelle il est recherché, relation précisément constituée par le « service » qui, *latissimo sensu*, comprend, à la fois, la « préposition » et le « service » *stricto sensu* de l'art. 1384 C. civ. ;
— l'autre, *entre le préjudice et le service*, relation causale ou conditionnelle, consistant en ce que : une *cause* — ou tout au moins une *condition* — du préjudice, jugée en fait, par le juge, suffisamment

opérante (5) aura été *posée* par *le fonctionnement* — ou au moins par *l'existence* — du service.

Par contre, la nécessité d'une troisième condition prétendue, savoir : *la faute de l'agent* du service, auteur *matériel* du préjudice, doit être, nous venons de le voir, rejetée, sinon absolument, du moins en principe et sous réserve d'un *statut spécial de limitations* — alors que doit être *absolument rejetée* la condition de la faute *du maître* du service lui-même, personne morale.

Quant à la responsabilité — à la « garantie » — OBLIGATIONNELLE *dans le service*, son *fondement* — MERCEDEM EXIGENDO SERVITIUM PRAESTAT — réside, non dans la faute, mais dans *le fait même de l'existence de l'obligation du maître du service*, dont la « nécessité impérieuse » d'exécution *ne saurait être affectée* par l'interposition — *res inter alios acta* pour le créancier — d'un agent... d'exécution « au service » du débiteur : ALIOQUIN CREDITOR DECIPERETUR. Pour l'excès de pouvoir, on revient au fondement de la responsabilité délictuelle. Quant aux *conditions* de la mise en jeu de la responsabilité obligationnelle, elles sont déterminées par le statut même de l'obligation (ou du pouvoir). Elle pourra *normalement* être subordonnée, en telle conjoncture, à la présence d'une faute ou même d'une certaine gravité de faute du ou des agents préposés à l'exécution, alors que la condition de la faute de l'agent est *anormale* en matière *délictuelle*.

Or, aucune de ces déductions générales ne fait acception du caractère — privé ou public — du service. Opérantes à l'égard du maître *privé* d'un service *privé*, non seulement elles ne sont pas inopérantes *a contrario* — mais c'est *a fortiori* qu'elles valent — à l'égard du maître *public* du service *public*, de cette puissance souveraine, mais aussi, et par là-même, *souverainement morale* et *souverainement garante de la paix sociale par la sécurité :* la Puissance publique. Dès lors, quant au fond, rejet, pour la responsabilité de l'Etat, du *fondement* sur « *l'égalité de répartition des charges* », alors que la nécessité de réparation du préjudice est « INCLUSE » *dans sa production même ; rejet du principe de la double condition nécessaire* de la présence d'une *faute* — *recto sensu* — et de son caractère *fonctionnel administratif ; rejet de la théorie du « non-cumul »*. En un mot : ÉVANOUISSEMENT DES PRÉTENDUES « THÉORIES SPÉCIALES » DE DROIT INVOQUÉES A L'APPUI DE LA SPÉCIALITÉ DE JURIDICTION, DE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE EN LA MATIÈRE.

(5) Condition « *relevante* » de M. Pierre MARTEAU (v. *supra*, n. 153 de la p. 63).

Sous le bénéfice de ces données fondamentales, nous avons abordé l'étude de l'arrêt *Blanco*. Sa préhistoire nous a révélé : d'une part, L'ACCEPTION ORIGINELLE, PAR L'ADMINISTRATION, DE LA COMPÉDENCE JUDICIAIRE ; d'autre part, *la genèse tourmentée et la versatilité contradictoire de la thèse de la compétence administrative en regard de la permanence* — non exempte de mesure, et même de conciliation — *de la thèse judiciaire*, avec son tempérament : *l'admission de la question préjudicielle administrative* (arrêt *Debast*).

Arrivant à l'arrêt *Blanco* lui-même, nous avons reconnu, en cette décision, tant au regard de sa valeur juridique, que des circonstances mêmes de son prononcé — en fait par le ministre Dufaure — une victoire administrative véritablement *per accidens*. Nous avons, en effet, relevé à sa charge :

1° un manque de pertinence du visa par rapport au motif ;

2° un manque de pertinence du motif par rapport au dispositif ;

3° un caractère inconstitutionnel ;

4° une inexactitude intrinsèque de l'argumentation elle-même, en laquelle nous avons dégagé une des *quatre branches* de la thèse administrative, celle que nous rappellerons en premier lieu dans un instant.

Puis, l'étude de la fortune *jurisprudentielle* de l'arrêt *Blanco* nous a révélé — nonobstant l'adhésion de la juridiction judiciaire et le couronnement de la conquête administrative par l'arrêt *Feutry* — l'apparition en trois points différents, et le cheminement convergent, *d'une triple fissure* (6) : le point de rencontre et d'éclatement en a été L'ARRÊT *Dame Mélinette*, DÉSAVEU DE L'ARRÊT *Blanco*, DONT LE SALUT A EXIGÉ LE DÉSAVEU DE L'ARRÊT *Dame Mélinette* LUI-MÊME PAR L'ARRÊT *Verbanck*.

Pour ce qui est de *la doctrine*, nous l'avons vue *se diviser et se contredire* à l'égard de l'arrêt *Blanco*, comme nous l'avons ensuite revue se diviser et se contredire sur nombre de points essentiels de la thèse de la compétence administrative.

A moins, enfin, de mesurer — comme on n'a d'ailleurs pas manqué de le prétendre — la certitude d'une règle au nombre des exceptions, *la législation* ne peut, de l'aveu même de Léon Michoud, Maurice Hauriou, Georges Teissier, s'interpréter que comme un DÉSAVEU CONSTANT de l'arrêt *Blanco*.

(6) Savoir : 1° Gestion privée (conclusions *Terrier* de M. le c. d. g. ROMIEU) ;
2° Action pénale (jurisprudence *Motsch* de la Chambre Criminelle) ;
3° Travaux publics (jurispr. Civ. *Somerville* et Confl. *Devisse*).

Pour ce qui est de *la thèse complète de la compétence administrative*, elle se réclame DE QUATRE PRÉTEXTES et elle procède D'UNE RAISON qu'il convient de distinguer. Et, d'abord, les quatre prétextes, *les quatres branches* — d'ailleurs assez entrelacées — de son argumentation, savoir :

I. — La prétendue sauvegarde de *l'autonomie de l'Etat* par rapport *au Droit civil*, SON Droit — alors que ce Droit fait *par* l'Etat est fait *pour* l'Etat, lequel doit y être : non pas soustrait *a contrario*, mais bien soumis *a fortiori : tu patere legem quam ipse fecisti* — ce qui n'implique d'ailleurs pas la stricte inclusion dans le Code civil, et encore moins dans les seuls articles 1382 et suivants (7).

II. — La prétendue sauvegarde de *l'autonomie de l'Etat* par rapport *au juge civil* — alors que celui-ci est SON SERVITEUR *comme le juge administratif ;* et la prétendue sauvegarde de *l'autonomie de l'autorité administrative* par rapport à *l'autorité judiciaire* contre le « trouble » *matériel* et *moral* pouvant lui être causé par celle-ci — alors que la responsabilité pécuniaire en cause étant celle *de l'Etat* et *non de* L'ADMINISTRATION QUI N'EST PAS L'ETAT, le prétendu trouble *matériel* est imaginaire : paralogisme de la « paralysie administrative », et que, contre le trouble *moral :* interprétation et appréciation des actes administratifs, une garantie nécessaire *et suffisante* de l'autonomie administrative est obtenue *par la mise en jeu de la question préjudicielle administrative.*

III. — La prétendue sauvegarde de *l'autonomie de la matière :* responsabilité civile de l'Etat, au nom d'une conception nouvelle de la séparation des *pouvoirs* réduite à une séparation *technique, pragmatiste, ésotérique,* des *fonctions :* « néo-séparatisme », qui fonde l'exclusion de la compétence judiciaire tant sur la timide inaptitude de la juridiction judiciaire, que sur le libéralisme de la juridiction administrative — alors que : d'une part, ces deux raisons *contredisent diamétralement les deux branches précédentes* — alors que, d'autre part, ce prétendu intérêt de la justice, comme ce prétendu intérêt du justiciable, dont la coïncidence *a priori* est, d'ailleurs, pour le moins, conjecturale, nous sont apparus également contestables. LA RAISON D'ÊTRE *de la juridiction administrative est la garde de la prérogative administrative, comme* LA RAISON D'ÊTRE *de la juridiction judiciaire est la garde des droits individuels.*

IV. — La prétendue signification *a contrario* de la multiplicité des lois édictant la compétence judiciaire — alors que, non seulement la juridiction administrative, mais sa compétence en la

(7) « *Par le Code civil, mais au delà du Code civil* » (v. *supra*, p. 226 et 271).

matière, étant : non *de droit commun* mais *exceptionnelles*, c'est plutôt *en faveur de la compétence judiciaire*, c'est-à-dire du droit commun, que *de la compétence administrative*, que jouerait l'argument *a contrario* de la multiplicité des lois *portant compétence judiciaire*.

Voilà *les prétextes* et voici maintenant *la raison*, telle qu'elle s'est, du moins, découverte tout au long de nos développements. La raison, c'est l'intérêt *particulier* et *inférieur de l'administration* s'opposant à l'intérêt *général* et *supérieur* de l'Etat ; c'est que, ce qu'il s'agit d'éviter, c'est le « trouble » : non pas *de l'activité* — mais bien *de la quiétude* — administrative.

Il s'agit *de préserver le plus possible l'administration* des désagréments que peut lui causer le développement de la responsabilité pécuniaire de l'Etat envers l'administré par *son choc en retour :* la responsabilité budgétaire, disciplinaire, et morale de l'administration envers le Parlement, la Nation, l'opinion publique. Il s'agit de ménager « *l'horreur des responsabilités* » (Emile Faguet) et « *la susceptibilité vaniteuse* » (Maurice Hauriou) de l'administration — c'est-à-dire des administrateurs. Ainsi la règle de la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat n'est que le papillon sorti de la chrysalide : règle de « l'Etat débiteur », que sa métamorphose en une règle de « l'Etat défendeur en responsabilité pécuniaire », travestie elle-même, *par la confusion organisée entre l'administration et l'Etat*, en une règle de « l'administration défenderesse en responsabilité pécuniaire », qui prétend justifier la compétence administrative. Règle de compétence *intuitu personae publicae reae*, puisque, TOUS LES ÉLÉMENTS DE L'ACTION RESTANT LES MÊMES, LA COMPÉTENCE CHANGE AVEC LA DIRECTION DE L'ACTION, à tel point qu'on a pu voir, dès que la responsabilité pécuniaire de l'Etat n'est plus en jeu, le Tribunal des Conflits (arrêt *Godart*) faire passer la compétence à la juridiction judiciaire... et « l'administration au greffe » ! Règle contraire à la nature des choses qui ne permet pas de faire varier, du moins en matière civile, la compétence avec la personnalité du défendeur, et contradictoire avec elle-même puisque *le rejet de la demande est un condamnation du demandeur comme son accueil est la condamnation du défendeur.*

L'objectif est donc *le rétrécissement de la responsabilité de l'Etat dans son principe comme dans sa mesure.* L'objectif, c'est la sous-estimation du préjudice matériel, c'est le rejet du préjudice moral, c'est le rejet des demandes à la faveur : soit de motifs qui n'en sont pas, qui, sous couleur d'une concision — *imperatoria brevitas* —

« bien facile à ce compte », résolvent la question par la question — soit d'une « instruction » administrative qui innocente un agent lourdement coupable (affaire *Rosay*). L'objectif, c'est encore la lassitude des plaignants par des années de procédure (comme nous le verrons dans un instant, *infra*, p. 439) aboutissant... à un « renvoi » par la juridiction administrative à l'administration (affaire *Colas*). L'objectif, c'est, encore, la défense du « voile » administratif.

Mais l'objectif, c'est, tout particulièrement, « l'endiguement » de la responsabilité de l'Etat *sans faute d'agent* (la dénommée : « responsabilité pour risque » — ce qui est parler pour ne rien dire) qui présente, par surcroît, l'inconvénient de supprimer un prétexte de la compétence administrative (appréciation de la faute administrative). L'objectif, enfin et par-dessus tout, c'est la résistance désespérée à la responsabilité de l'Etat *pour faute personnelle* de l'agent, à ce « cumul » redouté parce que, également par surcroît, non seulement il supprime aussi le même prétexte de la compétence administrative, mais qu'encore — comme la solidarité — « il attire la compétence judiciaire » (8). « Risque » et « cumul » : les deux talons d'Achille de la thèse administrative.

Or, ces objectifs de l'administration sont précisément les objectifs de la juridiction administrative comme la juridiction administrative est la juridiction de l'administration : hanc jurisdictionem meam esse aïo. Aussi a-t-on toujours vu — et continue-t-on à voir — l'administration « revendiquer » (ce verbe est clair) « jalousement » (cet adverbe est de Maurice Hauriou), soit « griffes rentrées », soit « griffes sorties », la compétence administrative. Ainsi peut-on s'expliquer la série des conflits *Dame Debref*, *Provost*, *Vve Lemelli*, *Dame Mélinette*, *Verbanck*, et le développement des conclusions *Dame Mélinette*, et « l'émotion soulevée » par l'arrêt *Dame Mélinette* comme par les arrêts *Motsch* et suivants de la Chambre Criminelle.

En un mot, la compétence administrative est recherchée moins pour elle-même que pour sa dot : le fond. De même que *la prétendue règle de compétence* de la distinction entre « le fait de service » et le « fait personnel » *n'est qu'un manteau* dissimulant ce but *de fond : l'immunité de l'agent administratif* à raison de ses *fautes administratives* (9), de même *la thèse de la compétence admi-*

(8) Comm. du gouv. Corneille, conclus. *Thévenet*, v. *supra*, p. 102.

(9) Pourquoi, en effet, *s'il ne s'agissait pas d'immuniser les agents administratifs à raison de leur activité administrative, le Conseil d'Etat serait-il moins compétent à leur égard qu'à l'égard des entrepreneurs de travaux publics ?* Il y a donc bien là camouflage du fond en compétence (Cf. Duguit, *Traité*, III, p. 296).

nistrative en matière de responsabilité de l'Etat n'est, *au fond*, qu'une visée *de fond*. La thèse de la compétence administrative est un assemblage — d'ailleurs discordant — de prétextes enveloppant cette raison : *la moindre responsabilité de l'Etat*, c'est-à-dire *le maximum de sécurité administrative par le minimum de sécurité individuelle* : « MOTIVEZ COMME VOUS VOUDREZ... » disait le ministre Dufaure aux juges du conflit *Blanco* (10)... Et ils ont voulu... comme nous avons vu.

Mais la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat est encore justiciable de deux ordres d'observations touchant sa valeur *juridique* et *pratique*. En ce qui concerne, tout d'abord, sa valeur *juridique*, trois faits que nous ne saurions trop souligner suffiraient à la faire juger.

Le premier c'est — on n'a pu se méprendre sur le soin avec lequel nous l'avons souligné au passage — c'est, disons-nous, *qu'il a fallu un demi-siècle à l'administration pour s'apercevoir* que la séparation des pouvoirs interdit la compétence judiciaire en matière de responsabilité civile de l'Etat *et à la juridiction administrative pour trouver à la compétence administrative un autre fondement que la règle de « l'Etat débiteur »*, c'est-à-dire les lois révolutionnaires sur la liquidation des dépenses publiques. Si l'on ajoute à cela que la dite séparation des pouvoirs, « telle qu'elle est maintenant interprétée », se présente (« néo-séparatisme ») comme le retournement bout pour bout de l'interprétation originelle et traditionnelle, on est fondé à en déduire que : *plus on s'éloigne de la pensée du législateur et plus on la saisit* et à se demander *quelle découverte nous réserve l'avenir* : « QUOUSQUE TANDEM... » ?

Le second fait est ce que nous avons appelé, tout le long de nos développements, le constant « *désaccord des violons* » de la thèse administrative, depuis son apparition jusqu'à la critique doctrinale de l'arrêt *Dame Mélinette* en passant par celle de l'arrêt *Blanco*. Or, on sait ce qui est écrit de la « maison divisée »...

Le troisième fait est *la persistance du législateur* depuis l'arrêt *Blanco* — on n'a pas davantage oublié notre propre insistance sur ce point — à marquer sa volonté de compétence judiciaire en matière de responsabilité de la Puissance publique. De l'aveu même, par nous enregistré, de Léon Michoud et de Georges Teissier, la doctrine et la jurisprudence pro-administratives vont ici *à l'encontre du « sentiment général »*. Il en résulte, par exemple, que, si un

(10) V. *supra*, p. 191.

élève d'une école publique blesse un camarade et, du même coup, se blesse lui-même, *la compétence sera administrative pour les parents du premier et judiciaire pour les parents du second.* Il en résulte, mieux encore, que, *si Agnès Blanco, revenant aujourd'hui en pèlerinage au lieu de son accident historique, y était de nouveau blessée dans les mêmes conditions, mais, cette fois, en même temps qu'un des manœuvres de la manufacture des tabacs de Bacalan,* L'OUVRIER DE L'ETAT ASSIGNERAIT L'ETAT DEVANT LA JURIDICTION JUDICIAIRE, ALORS QUE LE SIMPLE PARTICULIER L'ASSIGNERAIT DEVANT LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE ! Le ridicule d'une telle éventualité a été écarté par l'arrêt *Dame Mélinette*, mais cette éventualité se représente avec le retour à l'arrêt *Blanco* par l'arrêt *Verbanck*. Or, le ridicule même éventuel — et même dans l'ordre juridique — s'il ne tue pas, condamne...

A ces trois faits affectant la valeur *juridique* de la thèse de la compétence administrative, s'en ajoutent trois autres intéressant sa valeur *pratique*.

D'une part, nous avons relevé le caractère juridiquement contre nature d'une compétence *intuitu personae* en matière de responsabilité civile, telle que la compétence administrative à l'égard de l'Etat. *La « révolte des faits » venge la nature rationnelle des choses* en déférant *exactement* les mêmes faits à deux juridictions *différentes selon la qualité du défendeur :* personne publique ou plaideur particulier. A propos de l'examen de la loi du 20 avril 1932, nous avons énuméré ainsi une série d'hypothèses où, *les éléments de l'action restant les mêmes, la compétence varie selon la direction de l'action :* LE DÉNI DE JUSTICE *Rosay* N'A ÉTÉ QUE LA GOUTTE D'INJUSTICE QUI A FAIT DÉBORDER LA COUPE DE L'ILLOGISME. Certes, il y a, maintenant, la loi du 20 avril 1932 — mais il y a aussi, nous le répétons, *des soupapes de sûreté qu'on surcharge alors qu'il faudrait diminuer la pression...* l'oppression. Et puis, si les *dénis* de justice sont évités la *dualité* de justice l'est-elle ?

D'autre part, nous ne saurions nous dispenser de réserver au moins ici, n'en ayant pas eu plus tôt l'occasion, une mention à l'une des plus fâcheuses conséquences de la compétence administrative en notre matière, savoir, selon la propre expression de M. Gaston Jèze : « la durée des procès devant la juridiction administrative » (R. Dr. Publ., 1914, p. 594). Il faut, d'ailleurs, à ce maître éminent et à la Revue du Droit Public, rendre ce témoignage, entre autres, que cette savante publication essentiellement et légitimement bienveillante pour la juridiction administrative n'a pas hésité à dénon-

cer à maintes reprises les lenteurs de sa procédure et la gravité de leurs inconvénients. Nous ne saurions, à cet égard, produire des références plus autorisées que les suivantes :

— R. Dr. Publ., 1911, p. 695, de M. Gaston Jèze : « *La justice administrative est décidément frappée d'ataxie locomotrice.* »

— R. Dr. Publ., 1914, p. 594, article précité.

— R. Dr. Publ., 1920, p. 15 « *La requête est du 7 janvier* 1913. *L'arrêt* (Cons. d'Et., *Colas* — Cuirassé « *Liberté* ») *est du 21 mai* 1920. »

— R. Dr. Publ., 1920, p. 553 et s. ; 1921, p. 109 et s. : J. Laferrière : « *La réforme de la juridiction administrative.* »

— R. Dr. Publ., 1921, p. 377 à 379, Gaston Jèze : « *Les lenteurs de la juridiction administrative.* »

— R. Dr. Publ., 1923, p. 84 et s., Guillois : « *L'organisation de la juridiction administrative... Le Conseil d'Etat a trop à juger.* »

— R. Dr. Publ., 1925, p. 291 et s., Gaston Jèze : « *Réforme administrative... envahissement des affaires contentieuses.* »

— R. Dr. Publ., 1926, p. 425, note de M. Gaston Jèze sur l'arrêt Cons. d'Et., 18 juin 1926, *L'Abeille :*

« Les circonstances n'excusent pas le retard apporté à la solution du procès. Commencé en 1919, il n'a pris fin qu'en 1926. Il a donc fallu aux victimes près de 7 ans pour vaincre la passivité des administrations (qui bien entendu ont opposé *la plus grande force d'inertie*), et, pour faire, reconnaître leur droit par le Conseil d'Etat. Les lenteurs de la justice administrative sont *un véritable scandale*. Il faut qu'il prenne fin. »

— R. Dr. Publ., 1932, p. 94-95 :

« Les rôles du Conseil d'Etat sont encombrés au point qu'il y a un embouteillage véritable et que les lenteurs de la justice administrative constituent un danger pour les justiciables. »

« *Scandale* », « *danger* », ce n'est pas nous qui le disons et c'est précisément à la « fin de ce scandale » que vise notre étude (11).

En troisième lieu, le régime de la compétence administrative pour la responsabilité civile de l'Etat se traduit par un *byzantinisme* qui résulte, d'abord, *de la législation* que nous avons relevée, mais aussi, et surtout, de la jurisprudence relative aux matières : *travaux publics*, *réquisitions*, *cantonnements*, *manœuvres*, *exercices de tir*, *contributions indirectes*, *douanes*, etc... aux théories de la « *gestion privée* », de la « *voie de fait* », etc... On peut, à cette

(11) « *Il apparaît plus que jamais nécessaire d'assurer à votre justice cette célérité qui doit être la règle en matière administrative* ». Ainsi devait s'exprimer, à l'assemblée générale tenue, le 20 décembre 1934, par le Conseil d'Etat, le ministre de la Justice lui-même (journaux du 21).

« grande pitié » des compétences, appliquer cette réflexion de M. F. Lacoin (Rev. Pénit., 1906, p. 401) :

« A force de distinguer et de sous-distinguer, on amène ceux qui ne sont pas des techniciens à ne plus rien voir de clair, alors que les spécialistes distinguent encore et se disputent sur leurs distinctions. »

M. le commissaire du gouvernement Romieu dénonce « le chaos de la compétence » (Conclusions aff. Cons. d'Et., 8 août 1892, *Bardot*, Rec. 724).

Maurice Hauriou reconnaît « les ennuis provenant de la complication des compétences et des embûches des conflits » (*Précis*, 11e éd., 1927, p. 40).

M. Gaston Jèze, enfin, a écrit :

— R. Dr. Publ., 1914, p. 152 :

« Il faut attendre des années avant d'obtenir un arrêt, en supposant qu'on ait eu la chance de saisir le juge compétent. Que sera-ce si on multiplie les raisons d'errer sur la compétence, si un bon juriste risque de se tromper sur la compétence, et s'il faut plaider — à grands frais — devant toutes sortes de juridictions avant de connaître le juge qui devra examiner le fond du procès ! »

— R. Dr. Publ., 1922, p. 538 :

« Plus on multiplie les subtilités en matière de compétence, et plus on multiplie les causes de lenteur et de frais dans le cours de la justice. Les jurisconsultes, les avocats, peuvent trouver quelque intérêt à ces subtilités : les plaideurs n'y rencontrent que des pertes de temps et d'argent. »

S'il est une question dont la solution doive présenter le minimum de difficulté, c'est bien celle de la compétence : or, la doctrine jurisprudentielle régnante l'entoure d'un véritable réseau de complications byzantines.

De cet ensemble d'observations, il nous paraît permis de conclure que, *même si la décision* Blanco *et la thèse de la compétence administrative s'y référant ne prêtaient pas aux nombreuses et graves objections d'ordre juridique développées au cours de cette étude, les non moins sérieux inconvénients pratiques du régime édifié sur ces postulats suffiraient à rendre difficilement explicable la persistance de leur règne.*

Ainsi nous paraît jugé sous toutes ses faces « le procès de l'arrêt *Blanco* ». Ainsi se trouve accomplie la tâche qu'aux termes mêmes de notre Avant-Propos (*supra*, p. 6) nous nous étions tracée.

Mais son achèvement même nous en impose une nouvelle : « On ne détruit que ce qu'on remplace » a écrit quelque part Maurice

Hauriou (12). Le moment est donc venu, pour nous, de présenter ce que nous proposons pour « remplacer » ce que nous avons critiqué. Or, ici surgit, *pour la construction*, une difficulté de même ordre que *pour la critique*. Si, en effet, le régime en vigueur défie la critique grâce à *l'entrelacement* que nous avons constaté *entre la compétence et le fond* quant à la *responsabilité de l'Etat*, voici que la construction doit elle-même tenir compte d'un *enchevêtrement* de cette double question avec la double question : *compétence et fond* de la *responsabilité de l'agent*.

Une première fois avec insistance (13), une seconde fois en passant (14), nous avons déjà relevé l'artifice imaginé par le tribunal des Conflits en son arrêt *Pelletier* (15) quelques mois après son arrêt *Blanco*, pour *habiller en question de compétence la question de fond de l'immunité de l'agent à raison du fait de service*. Non seulement, nous l'avons vu, *le déplacement de l'action* entraîne, de par l'arrêt *Blanco*, *le déplacement de la compétence*, mais, dans le cas du fait de service, *le déplacement de la compétence* entraîne inversement, de par l'arrêt *Pelletier*, *le déplacement de l'action* (16). Ainsi se trouvent entremêlés, nous le répétons, compétence et fond à l'égard de l'Etat et à l'égard de l'agent en un système *dont l'inextricabilité même constitue la plus sûre défense*. Système, d'ailleurs, d'une remarquable habileté, puisqu'il dépouille l'autorité administrative d'une prérogative rationnelle et capitale entre toutes (17) : celle de la discrimination entre l'activité administrative — et non administrative — des agents administratifs, autrement dit : de la distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel », pour déférer cette distinction *à l'autorité judiciaire sous le simple contrôle du Tribunal des Conflits*. Il faut seulement s'empresser d'ajouter que cette atteinte — indéniable et singulière — à l'autonomie de l'administration sert celle-ci plus qu'elle ne la dessert : sans que rien au monde puisse, en effet, nous l'avons vu (18), l'empêcher de sauver un agent qu'elle veut sauver, on épargne ainsi à l'admi-

(12) *Principes du Droit public*, 1re éd., 1910, p. 61.
(13) Appendice en suite de notre Introduction, *supra*, p. 101 et s.
(14) *Supra*, p. 436 et n. 9.
(15) Tr. Confl., 30 juill. 1873, D. P. 1874.III.5; S. 1874.II.28; Rec. 1873, Suppl., p. 117. — Cf. *supra*, p. 132 et n. 1.
(16) Il convient de remarquer que CETTE AMPLE CONSOMMATION DE COMPÉTENCE RENFORCE D'AUTANT LA RAISON D'ÊTRE DU TRIBUNAL DES CONFLITS « JUGE DE LA COMPÉTENCE » — AU DÉTRIMENT DU JUSTICIABLE. Cf. *infra*, ADDENDA, p. 483, VI, *in fine*.
(17) Comme nous le verrons dans un instant (*infra*, p. 453 et s.).
(18) Cf. *supra*, p. 101, 102.

nistration l'ennui d'exécuter elle-même l'agent qu'elle veut sacrifier

A l'examen de l'arrêt *Blanco* devrait donc succéder, maintenant, celui de l'arrêt *Pelletier*. Devant l'étendue de ce nouveau sujet, nous demandons la permission de nous en tenir à l'esquisse déjà tracée dans l'Appendice faisant suite à notre Introduction. Cela posé, le premier point à fixer pour la proposition du régime à organiser est *celui de savoir si, la responsabilité de l'Etat étant réintégrée dans le droit commun, la responsabilité de l'agent doit l'être aussi.*

La solution affirmative de cette question présente un double avantage. D'abord, elle se traduit par la simplicité maxima. Ensuite, la formule de ce système n'est même plus à rechercher. Le texte en est tout prêt, et l'on ne saurait lui reprocher la vieillesse. Il n'y pas deux ans qu'il a été présenté au Parlement et nous l'avons nous-même cité *in extenso* en fin du Titre II de cette étude (*supra*, p. 210) : c'est, on s'en souvient, la proposition Louis Marin, du 25 février 1933, à la Chambre des députés. Il nous suffira d'en rappeler ici les deux premiers alinéas ainsi conçus :

« Les citoyens contribuables et tous usagers d'un service public, lorsqu'ils auront supporté un préjudice par le fait d'un fonctionnaire ou agent de ces services, pourront engager une action personnelle contre l'auteur du dommage et solidairement contre l'Etat ou les collectivités publiques responsables de la marche de leurs services.

Dans le délai d'un mois à dater de la promulgation de la présente loi, le gouvernement déposera un projet réglant l'exercice de cette action fondée sur l'article 1382 du Code civil (19) et poursuivie selon la procédure ordinaire devant les tribunaux civils. »

Nous n'irons pas jusque-là. Autant, sous réserve, d'ailleurs, de certaines nuances, nous est apparue nécessaire l'application *à l'Etat* — autant nous admettons la non application *à son agent* — du droit commun (compétence et fond) de la responsabilité civile. Et nous avons déjà indiqué (*supra*, p. 101) que cette dérogation nous paraît devoir porter essentiellement sur les deux points suivants :

A) *Mise hors de cause de l'agent à raison du « fait de service »* ;

B) *Réserve à l'autorité administrative, sous le contrôle de la juridiction administrative, de la discrimination entre le « fait de service » et le « fait personnel ».*

A) En ce qui concerne *la mise hors de cause de l'agent administratif* à raison de *son activité administrative*, sa justification développée relèverait d'une étude sur la responsabilité civile *des agents*,

(19) D'après nos précédents développements, les mots : « *fondée sur l'article 1382 du Code civil* » seraient à remplacer par les mots : « *dans les termes du droit commun.* »

que nous ne saurions entreprendre ici. Nous en avons d'ailleurs d'autant moins de raison que, d'une part, ce point n'est plus sensiblement discuté, et que, d'autre part, la position prise par notre étude à l'égard de l'administration ne peut davantage être suspectée de complaisance. Nous nous bornerons donc à observer que cette immunité — d'ailleurs franchement posée et non pas déguisée en « règle de compétence » — est fondée sur les considérations suivantes.

1° *Intérêt vital de l'administration.*

« Si la charte constitutionnelle, écrivait CORMENIN (20), a cru devoir garantir contre des poursuites intempestives et souvent mal fondées les membres du pouvoir législatif, si les lois civiles ont cru devoir accorder une protection analogue aux membres des tribunaux, *les administrateurs peuvent encore moins rester sans garantie*, eux qui sont perpétuellement amovibles et qui... se trouvent sans cesse en contact avec les intérêts particuliers dont ils doivent souvent briser les résistances injustes et contraires à l'intérêt général. »

« Les agents subalternes, déclarait l'avocat général BÉDARRIDES (21), doivent être protégés... s'il n'en était pas ainsi, *ils discuteraient les ordres qui leur sont donnés, examineraient le degré de responsabilité qui pourrait leur incomber*, SE FERAIENT, EN UN MOT, LES JUGES DE LEURS SUPÉRIEURS auxquels ils pourraient désobéir avec une apparence de raison ; L'ADMINISTRATION NE SERAIT PAS POSSIBLE DANS CES CONDITIONS. »

Cette même idée, enfin, que le fonctionnaire, dans la ligne du service — et partant le service lui-même — doit être exempt de toute crainte de jugement, s'était, à Rome même, imposée en ces termes saisissants :

« VACUUM OMNIS JUDICII METU ESSE HONOREM » (22).

Nous pourrions multiplier les citations autorisées dans ce sens (23).

2° *Intérêt bien entendu de l'administré lui-même*, pour qui l'action contre l'agent serait hérissée de difficultés mal compensées par une satisfaction — illusoire nous le savons — de vindicte personnelle.

3° *Parfaite légitimité*, dès l'instant que, nous le verrons (*infra*, p. 451 et s.) *non seulement* le plaignant conserve en face de lui *un débiteur et non seulement* un débiteur *plus solvable* mais — même — *le même juge* (24).

(20) *Droit administratif*, t. II, 1882, p. 344.

(21) Concl. *Lecoq*, Tr. Confl., 29 juill. 1876, Rec 729.

(22) Formule de VALÈRE MAXIME, VII, 2, 6, citée dans la remarquable thèse F. R. A. GUÉRIN, *De la resp. des magistrats publ. en Dr. romain*, Paris, 1883, p. 50, 51, 145.

(23) MANGIN, *Traité de l'action publ.*, t. II, n° 241 ; FAUSTIN-HÉLIE, *Instr. crim.*, t. III, 1848, p. 296 ; LARNAUDE, Rev. Pénit., 1906, p. 668 ; GARÇON, *ibid.*, p. 677 ; DUGUIT, Note *Monpillié*, S. 1919.I.1, § 1 ; J. APPLETON, *Traité*, p. 426.

(24) Bien plus, nous avons établi, on s'en souvient (v. *supra*, p. 97 et s.),

B) En ce qui concerne, par contre, la remise *à l'administration* de la discrimination de l'activité *administrative* de l'agent *administratif* sous le contrôle de la *juridiction administrative*, alors que cette discrimination appartient actuellement *à la juridiction judiciaire sous le contrôle du Tribunal des Conflits*, les éléments de justification déjà présentés (*supra*, p. 101) nous paraissent appeler ici quelques précisions. Nous les apporterons dans un instant (*infra*, p. 453 et s.).

Ainsi, *nous ne dépouillons pas l'administration de son privilège de juridiction administrative touchant la responsabilité de l'Etat sans la dédommager amplement par la restitution de ce double privilège de droit et de juridiction touchant la responsabilité de l'agent.*

Bien plus, en ce qui concerne même la compétence pour la responsabilité de l'Etat, nous avons proposé un *tempérament* et une *transaction*. Le tempérament, c'est *la réserve* à l'autorité et à la juridiction administratives *de l'interprétation* des actes administratifs et *de l'appréciation* de l'activité administrative (faute administrative) dans les cas — exceptionnels, à la vérité — où la juridiction judiciaire saisie aura préalablement reconnu, pour l'espèce en cause, la subordination de la décision sur la responsabilité à de telles décisions d'interprétation ou d'appréciation. La conciliation, c'est *l'option* de compétence laissée en matière non contractuelle au requérant, et en matière contractuelle aux parties.

Mais, si nous avons déjà eu l'occasion de dessiner la procédure de cette solution quant à la responsabilité *de l'Etat*, de nouvelles et délicates questions se posent pour l'aménagement concomitant, et dans les termes ci-dessus indiqués, de la responsabilité de *l'agent*.

Comment l'immunité, la mise hors de cause de celui-ci pour son *fait de service*, pourra-t-elle être maintenue, puisque le déguisement de ce privilège de fond en une règle de compétence — selon le célèbre arrêt précité *Pelletier* — sera rendu impossible par la traduction de la Puissance publique elle-même devant la juridiction judiciaire ?

Puis, dans le cas de la *faute personnelle*, comment organiser le « *cumul* », dont nous nous sommes attaché à justifier le principe, et, en même temps, *les actions récursoires* — dont la nécessité en

qu'en matière de responsabilité *obligationnelle* (contractuelle ou non), la mise hors de cause de l'agent *s'impose* tout aussi bien en service *privé* et, par conséquent, NE CONSTITUE PAS UN PRIVILÈGE DE L'AGENT PUBLIC.

découle — entre l'Etat et l'agent (25), *en prévenant toute contestation* et *sans retarder la solution à l'égard du plaignant* ?

Comment, encore, assurer la régularité *du dosage* de la respon-

(25) Sous peine, en effet, d'aboutir à des résultats difficilement acceptables, le « cumul » des actions en responsabilité dans le cas de faute personnelle implique l'admission, tout au moins, *du principe* de l'action récursoire de l'Etat contre son agent, *sauf à en nuancer l'application*. On sait, à la vérité, que, depuis le célèbre avis du 21 juillet 1885 de sa section des finances, le Conseil d'Etat, sous la constante pression de ses commissaires du gouvernement, n'a cessé de dresser un véritable barrage automatique contre cette action récursoire. Nous ne pouvons ici que renvoyer sur ce point à la documentation du précieux article de M. Joseph Delpech : *De la responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables*, dans les Mélanges Hauriou, p. 199 à 202, avec les références des notes d'où il ressort que « la jurisprudence, dans son ensemble, est établie dans le sens du refus de tout recours pécuniaire à l'Etat contre le fonctionnaire en faute » (*loc. cit.*, p. 202). Mais on n'ignore pas davantage les récentes protestations doctrinales que ce système n'a pas manqué de soulever, en particulier l'article de M. Delpech et les deux notes *Poursines* (Cons. d'Et., 28 mars 1924) de MM. Jean Appleton (D. P. 1924.III.49 et *Traité*, n° 138, p. 256 et s.) et Gaston Jèze (R. Dr. Publ., 1924, p. 601 et s.). Adde : la note précitée de M. J. Devaux sous Colmar, 13 oct. et 17 nov. 1924, D. P. 1925.II.59, *in fine*. Sans reprendre ici les arguments, à nos yeux décisifs, développés par ces auteurs, nous nous bornerons à signaler le paradoxe d'un régime qui inflige à des gendarmes la responsabilité pécuniaire d'une faute de service légère, discutable même (v. *infra*, p. 455, n. 52), alors qu'il pose en principe (arrêts : *Poursines* précité et Cons. d'Et., 29 oct. 1926, *Lieut. Morin*) que, s'il n'est pas lui-même assigné par la victime, l'agent auteur d'un préjudice par une faute personnelle, quelle qu'elle soit, se verra immunisé. On s'explique, dès lors, la conclusion de l'article précité de M. Joseph Delpech : « Aussi bien, si la justice et la raison sont faites pour s'entendre, ce serait choquer la justice et s'insurger un peu contre la raison que d'admettre uniformément, sans un texte qui y contraigne, au préjudice de l'administration, soit l'impossibilité pour elle de se faire indemniser par ses agents des conséquences pécuniaires de leurs fautes personnelles, soit, *a fortiori*, son obligation (comme dans l'affaire *Raymond*, Cons. d'Et., 8 févr. 1924, S. 1926.III.17) de leur rembourser le montant des condamnations encourues par eux sur les poursuites du tiers lésé. Bien plus : ce renoncement fâcheux et cette exigence anormale deviendraient désastre et scandale si l'occasion en était, au lieu d'un délit non intentionnel comme celui de blessures ou d'homicide par imprudence, une infraction pénale (intentionnelle) meurtre ou vol » (Mél. Hauriou, p. 209). Telle est la justesse de cette observation, que le Conseil d'Etat, qui interdit, nous venons de le voir, à l'Etat, *l'initiative* d'une action récursoire principale, isolée, contre un agent, en est arrivé à lui permettre l'exercice d'une telle action sous couleur de « *subrogation* » aux droits de la victime (Cons. d'Et., 26 juill. 1918, *Lemonnier* et 16 mai 1924, *Douillet ;* v. notamment Paul Duez, *R. P. P.*, p .167). Nouvel illogisme — et même comme le souligne très exactement Léon Duguit (*Traité*, III, p. 535) au prix d'un *ultra petita!* Pourquoi donc toute cette incohérence atteignant — c'est M. Gaston Jèze qui parle — à « l'absurde » (v. *infra*, p. 459, n. 70) ? Ne serait-ce pas que, le « cumul » impliquant rationnellement, nécessairement, l'action récursoire, l'interdiction de celle-ci constitue — encore — une forme habilement déguisée de la résistance à celui-là ?...

sabilité personnelle des agents, en même temps que prévenir l'éventualité d'un excès de bienveillance ministérielle à cet égard ?

Autant de questions — autant de difficultés — à résoudre autant de procédures à monter qui nous paraissent réclamer la « frappe » législative, seule garantie de la « certitude » dont « le public a besoin pour sa propre sécurité » (26).

Nous nous trouvons ainsi amené à la proposition du texte ci-après.

PROPOSITION DE LOI
SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT (27) (28)
ET DE SES AGENTS ADMINISTRATIFS
A RAISON DU FAIT DE CES DERNIERS

§ I. — Action dirigée contre l'Etat

Article 1er. — *Toutes dispositions législatives antérieures portant décharge de responsabilité civile de l'Etat au titre de ses services administratifs sont abrogées.*

Article 2. — *Toute action en responsabilité civile dirigée contre l'Etat à raison de l'activité fonctionnelle ou personnelle de ses agents administratifs, travaux publics compris, relèvera, sauf ce qui sera dit aux articles suivants, du droit commun et pourra être introduite, au gré du demandeur, devant le tribunal judiciaire compétent selon le droit commun ou devant la juridiction administrative.*

Article 3. — *Lorsque le demandeur aura opté pour la compétence judiciaire, le procureur de la République en avisera le ministre intéressé.*

Article 4. — *Si le ministre estime que l'admission de la responsabilité de l'Etat doit être, en l'espèce, subordonnée : soit à l'interprétation d'un acte administratif, soit à l'appréciation d'une faute administrative, il lui appartiendra de faire soulever, par le ministère public, cette question préalable, qui fera l'objet d'un jugement d'avant-dire droit.*

(26) Raymond Saleilles : *Les accidents du travail*, 1897, p. 76, et Préface de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Fr. Gény, p. xxiv).

(27) Pour ne pas, comme nous l'avons déjà observé (v. *supra*, p. 33 et 427), superposer les nouveautés de choses et de mots, nous continuerons à conserver le terme « *responsabilité* » dans le sens général d'*obligation de réparation* — pour *ou sans — faute*.

(28) Ainsi que nous l'avons annoncé (*supra*, n. 109 de la p. 48), notre étude porte spécialement sur l'Etat et *mutatis mutandis* sur ses démembrements.

Article 5. — *Si la décision définitive sur cette question est négative, le tribunal passera outre au jugement du fond.*

Article 6. — *Si la décision définitive admet l'existence d'une question préjudicielle d'interprétation ou d'appréciation administrative, le requérant aura la faculté de dessaisir la juridiction judiciaire du principal au profit de la juridiction administrative.*

Si le requérant n'use pas de cette faculté, le tribunal devra, sans toutefois que le conflit puisse être élevé, surseoir à statuer sur le fond, et la question préjudicielle sera soumise, par l'intermédiaire du ministère public, au ministre intéressé, dont la décision, notifiée par la même voie, pourra être déférée par le requérant au Conseil d'Etat. La décision intervenue s'imposera au tribunal judiciaire, qui devra la prendre pour base de son jugement sur le fond.

Article 7. — *Par dérogation aux dispositions précédentes, la compétence en matière de responsabilité contractuelle sera celle qui aura été stipulée dans le contrat, et, dans le silence du contrat, la compétence administrative.*

Sauf en ce qui concerne les actions et les personnels relevant de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, la compétence sera également administrative en matière de responsabilité civile, même non contractuelle, à l'égard des agents publics agissant en leur qualité.

Article 8. — *Quelle que soit la juridiction saisie, lorsque le ministre estimera que le fait préjudiciable incriminé est, en tant que personnel à son ou ses auteurs, susceptible de fonder éventuellement une action récursoire de l'Etat contre le ou les dits agents, il appellera ceux-ci en cause par assignation en déclaration de jugement commun.*

Article 9. — *A la suite de la décision judiciaire définitive qui interviendra sur la responsabilité de l'Etat, le ministre statuera sur le principe et sur la quotité de l'imputation récursoire à l'égard du ou des agents en cause, qui disposeront, contre cette décision ministérielle, d'un recours au Conseil d'Etat* (28 *bis*).

§ II. — Action dirigée contre les agents

Article 10. — *Toute action en responsabilité civile dirigée par un particulier contre un agent de l'Etat doit être introduite devant la juridiction judiciaire.*

(28 *bis*) Pour les raisons développées ci-après (p. 449 et s.), nous ne nous opposerions nullement à la simplification qui résulterait de la suppression des Articles 3 à 6 — mais de ceux-là seulement.

Article 11. — *Tout particulier se proposant d'assigner un agent de l'Etat en responsabilité civile d'un préjudice en relation avec le service de cet Agent doit, préalablement, demander au ministre des Finances de décider si l'administration entend prendre, au nom de l'Etat, fait et cause pour cet agent. La décision du ministre des Finances, qui sera rendue sur rapport du contrôleur intéressé des dépenses engagées, devra viser l'avis motivé du ministre intéressé et être elle-même motivée en cas de divergence. Un silence de deux mois sera interprélé comme une réponse négative.*

Article 12. — *Si la réponse est affirmative, le requérant ne pourra assigner que l'Etat, selon la procédure indiquée au paragraphe précédant, en la personne du ministre intéressé, qui, de son côté, ne sera plus fondé à arguer du caractère personnel du fait incriminé.*

Article 13. — *Si la réponse est négative, la production par le demandeur en responsabilité de la décision ministérielle de refus d'intervenir lui permettra d'assigner l'agent.*

Article 14. — *Dans ce cas, il appartiendra à l'agent, s'il le juge utile, d'assigner, devant le tribunal saisi, le ministre intéressé en déclaration de jugement commun.*

A la suite de la décision judiciaire définitive qui interviendra, l'agent pourra former contre l'Etat, devant le Conseil d'Etat, une action récursoire en garantie pour remboursement total ou partiel de la condamnation pécuniaire qui aura pu être prononcée contre lui.

§ III. — Action dirigée conjointement contre l'Etat et contre l'agent

Article 15. — *Toute action dirigée conjointement contre l'Etat et contre l'agent devra être introduite devant la juridiction judiciaire.*

Article 16. — *Il sera alors procédé à l'égard de l'agent comme il est dit aux articles 11 et suivants et si, par l'effet de cette procédure, l'agent reste définitivement en cause avec l'Etat, le droit commun sera intégralement applicable en ce qui concerne l'agent comme en ce qui concerne l'Etat, notamment par la solidarité de leurs responsabilités.*

Article 17. — *Le formes et délais de la procédure seront fixés par un règlement d'administration publique rendu dans les six mois de la promulgation de la présente loi.*

Ce qui pourrait tout d'abord être reproché à ce texte, ce serait sa longueur, son apparent développement. Mais, si l'on veut bien considérer : d'une part, la complexité des exigences juridiques et politiques à satisfaire, telles que nous les avons reconnues (*supra*, p. 312 à 332 ; 445 et s.) — d'autre part, la nécessité, nous paraissant s'imposer (v. *supra*, p. 445, n. 25 et *infra*, p. 459, n. 70), d'organiser, *même dans l'hypothèse de la compétence administrative*, le jeu d'une procédure récursoire entre l'Etat et l'agent, cette extension n'apparaîtra peut-être pas excessive. Encore une fois, le texte simple serait tout trouvé : c'est la proposition Marin. Nous reprochera-t-on de ne pas nous y tenir ?

Aussi bien, il est une simplification à laquelle nous ne nous opposerions nullement. Autant nous nous sommes attaché à la réhabilitation du principe de la *question préjudicielle* pour tenir un *juste compte* de celui de la *séparation des pouvoirs* — pour prendre, selon le précepte socratique, « aussi la défense du loup » — autant nous serions disposé à sacrifier ici la « raison pure » à la « raison pratique », autrement dit : à renoncer à la « complication » de la question préjudicielle administrative *déjà bien réduite, d'ailleurs, comme nous croyons l'avoir établi* (29). Quelle que soit, en effet, la signification attachée à la règle de la séparation des pouvoirs, il est un caractère qu'on ne saurait lui contester touchant la compétence à l'égard de l'Etat ou de ses agents : c'est son extrême RELATIVITÉ. Il suffit de considérer notamment :

1° toute la *législation de pleine juridiction judiciaire* que nous avons relevée en matière de responsabilité civile de l'Etat, plus les articles 114 et s., 184, du C. pén. pour la responsabilité civile des agents ;

2° toute la *jurisprudence de pleine juridiction judiciaire :* théories du « domaine privé », de la « gestion privée », du « personnel privé », de la « voie de fait », des « voies d'exécution », de « l'accessoire »... ;

3° *le régime de l'article* 471-15° *C. pén.*, qui confère à l'autorité judiciaire un véritable pouvoir de contrôle sur l'administration active ;

4° *la législation pénale militaire* qui, pour le jugement des agents, soumet à la censure de la Cour de Cassation l'activité du

(29) *Supra*, p. 321 à 331. — Il nous sera permis d'ajouter que cette réduction n'atteint pas encore celle que nous avons vu acceptée, souhaitée par Maurice HAURIOU, André FLINIAUX, et M. Achille MESTRE (*supra*, p. 316, n. 146) — et dans le sens judiciaire.

plus autoritaire service public entre tous et la fait même juge de la question, délicate et vitale entre toutes, de « *l'ordre de service* » ;

5° *la théorie même du « néo-séparatisme »*, qui dénie toute « témibilité » administrative à l'autorité judiciaire ;

6° la « révolte des faits » se manifestant : d'une part, dans *les cas de connexité*, où nous avons vu les mêmes éléments de l'action soumis à l'appréciation des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs selon que le défendeur est un particulier ou l'Etat — d'autre part, en ceci que *le rejet judiciaire* d'une action en responsabilité *dirigée par l'Etat demandeur* contre un particulier défendeur constitue, en dernière analyse, *une « condamnation » judiciaire de l'Etat* à supporter définitivement le préjudice dont il réclamait la réparation ;

7° et surtout — *l'acceptation, par l'administration*, pendant un demi-siècle, d'une plénitude de juridiction judiciaire en matière de responsabilité civile de l'Etat.

Ainsi, lorsqu'on voit le Tribunal des Conflits livrer, comme dans l'affaire *Godart,le* fonctionnement du service des postes à la pénétration judiciaire (v. *supra*, p. 417, avec les observations de M. Hallays-Dabot) — lorsqu'on voit le Conseil d'Etat lui-même réserver à la juridiction judiciaire la connaissance « des actions en dommages-intérêts à raison des fautes commises à l'occasion du recouvrement des impôts indirects » (30) et lui permettre, même en matière d'impôts directs, de « s'immiscer de la manière la plus implicite dans l'appréciation des actes administratifs » (31) — lorsque la Cour de Cassation peut, en parfait accord avec la jurisprudence administrative de la « gestion privée », décider « que la compétence de l'autorité judiciaire ne peut être modifiée par le fait qu'une faute de service d'un agent de l'administration aurait été la cause (d'un préjudice) » (32) — il est permis de se demander *si ce n'est pas être plus administratif que la thèse administrative elle-même* que de ne pas reconnaître à l'autorité judiciaire le pouvoir d'apprécier — à l'occasion d'un procès en responsabilité civile — une faute administrative, tout comme le législateur de l'art. 471-15°, par exemple, lui a reconnu le pouvoir d'apprécier — à l'occasion d'un

(30) Note au D. P. 1912.III.4; sous Cons. d'Et., 13 mai 1910, *Cintrat*.

(31) Conclus. du comm. du gouv. ROBERT, Cons. d'Et., 14 déc. 1862, D. P. 1863.III.11, citées par l'avoc. gén. REVERCHON dans ses propres conclus. *Général Meyère*, Req., 3 juin 1872, D. P. 1872.I.385.

(32) Civ., 30 mars 1926, D. P. 1926.III.177 précité, avec note de pleine adhésion J. APPLETON.

procès en responsabilité pénale — l'illégalité d'un règlement administratif.

La question préjudicielle d'appréciation disparaissant ainsi, la question préjudicielle d'interprétation — non moins rare — tirerait des principes généraux, et partant sans nécessité d'un texte, la solution qu'elle a reçue par exemple dans l'arrêt précité *Debast* (33). Dès lors, *le texte de notre proposition pourrait être allégé des articles* 3, 4, 5 et 6, comme nous l'avions annoncé (n. 28 *bis*, p. 447).

Nous ne saurions davantage nous dissimuler qu'une autre des dispositions de notre projet — pour le moins inattendue en conclusion d'une critique de l'arrêt *Blanco* (34) — est de nature à provoquer, non seulement dans le parti judiciaire, mais même parmi la doctrine administrative, une certaine émotion. C'est la subordination, par nos articles 11 à 13, de l'action en responsabilité à la production, par l'administré, d'une décision administrative de refus d'intervention en prise de fait et cause de l'agent par l'Etat... *Résurrection de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII ?* Non : *il s'en faut d'un abîme.*

D'abord, une étude approfondie du régime de l'article 75 révèle que son application n'avait *rien de commun* avec la distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel », attendu que l'autorisation de poursuite était *constamment refusée pour des faits personnels* : « *L'agent*, lit-on dans la note Cazalens sous l'arrêt Req., 3 juin 1872, *Général Meyère* (D. P. 1872.I.385) *trouvait en germe dans sa fonction le droit de tuer* (Cons. d'Et., 6 mai 1816 ; 3 juin 1820), *de commettre des attentats à la pudeur* (Cons. d'Et., 18 déc. 1839, 28 janv. 1840), etc.,... »

Ensuite, et surtout, ce qui a insurgé l'opinion contre l'article 75, c'est que son jeu *laissait la victime de l'agent dans le vide*. C'était le *déni de justice par escamotage du débiteur*. Or, notre texte *ne laisse pas le requérant dans le vide*. CE N'EST PLUS UN DÉNI — MAIS UN DÉPLACEMENT — DE RESPONSABILITÉ. Ce n'est plus un déni de justice par escamotage du débiteur : tout au contraire, c'est une garantie de plus sûre justice par novation du débiteur (art. 1271, n° 2, C. civ.), *par changement du débiteur moins solvable en un débiteur plus solvable* (35). La mise hors de cause de l'agent ne s'opère que

(33) Cf. *supra*, p. 121 et s.

(34) Mais critique de l'arrêt *Blanco* s'articulant, s'équilibrant, avec une CRITIQUE INVERSE de l'arrêt *Pelletier*.

(35) Cf. Léon MICHOUD, *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, II, p. 20 : « L'Etat

par la mise en cause de l'Etat, véritable « JUDICIUM NOXALE » (36).

L'aticle 75, c'était, de la part de l'administration, « le bouclier brandi » (37) :

« *Nolite tangere christos meos* » (38)

Notre article 11, c'est son holocauste :

« ME ME ADSUM QUI FECI : IN ME CONVERTITE FERRUM
O RUTILI !... » (39).

Ou, au contraire, ce reniement :

« *Nescio istum hominem* » (40).

Certes, cette intervention en « garantie formelle » (41) avec prise de fait et cause » et « mise hors de cause » n'est plus, dans notre système, opérée, comme dans le régime en vigueur selon l'arrêt *Pelletier*, sous le contrôle du Tribunal des Conflits. Mais, d'une part, n'avons-nous pas déjà annoncé (*supra*, p. 441) le leurre du conflit pour la distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel » et qu'il n'est pas de moyen humain d'empêcher l'administration de faire couvrir clandestinement par l'Etat l'administrateur qu'on ne lui a pas permis de couvrir ouvertement, de payer avec les deniers de l'Etat une condamnation pécuniaire d'agent — mieux: de transformer cette condamnation en récompense ! Pourquoi donc persister dans cette hypocrisie — comme dans celle qui refuse à

n'excède pas ses pouvoirs en distinguant lui-même, parmi les fautes de ses préposés, celles dans lesquelles ceux-ci sont restés fidèles à l'esprit de leur fonction et en les prenant à sa charge exclusive. Si un commettant particulier ne peut agir ainsi, c'est parce que le tiers lésé pourrait souffrir au cas où le commettant se trouverait moins solvable que son préposé. Il peut y avoir, entre le commettant et le préposé, un arrangement sur la répartition finale de l'indemnité à payer ; seulement cet arrangement n'est pas opposable aux tiers. Or l'Etat est toujours légalement solvable : *les tiers n'ont pas à se plaindre s'il assume lui-même la responsabilité encourue par le fonctionnaire et, dans ce cas, ils n'ont plus d'intérêt sérieux à poursuivre ce dernier.* »

Il importe, toutefois, d'ajouter immédiatement que *cet argument ne vaut qu'autant qu'en changeant avantageusement de défendeur, le demandeur ne subit pas en même temps un changement — et moins avantageux — de juridiction.* Dans l'état actuel des choses, *ce changement de juge est le défaut de cuirasse de l'argument. Et c'est précisément à quoi notre système entend mettre ordre.*

(36) Cf. P. CLOSSET, *Notes sur les actions noxales*, R. G. D. L. J., 1922, p. 267 et s. ; 1923, p. 32 et s. — V. *supra*, p. 101.

(37) CORMENIN, *Quest. de Dr. adm.*, 1822, t. II, p. 328. — DUFOUR, *Dr. adm.*, t. VI, 1857, n° 418, p. 367.

(38) « *...et in prophetis meis nolite malignari* » LIVRE DES PSAUMES, CIV.V.15

(39) VIRGILE, *Enéide*, IX, 426.

(40) MATTH., XXVI, 72. — Cf. *supra*, p. 297.

(41) E. GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Traité théor. et prat. de proc. civ. et comm.*, 3e éd., t. III, 1913, n° 590, p. 223.

l'administration la faculté de stipuler la compétence en matière contractuelle ? « *Il n'est jamais dangereux*, observait Maurice Hauriou, *de rentrer dans la vérité des faits. La fiction à outrance est périlleuse* » (42).

D'autre part, quel est le résultat de la confirmation du conflit ? Une seconde novation et, celle-là, par changement de... juridiction : élément non prévu — et pour cause — par le Code civil :

« ME ME ADSUM... *ante jurisdictionem meam.* »

Ainsi, le requérant *ne change de débiteur qu'en changeant de juge* (43). Or, nous savons de reste les raisons qu'a l'administration de « revendiquer » (ce verbe est significatif) — et l'administré de redouter — le juge administratif. Au contraire, avec notre texte, *une seule novation : celle du débiteur*. L'administration veut faire répondre l'Etat pour son agent : que sa volonté soit faite... mais que ce ne soit pas pour distraire le requérant, le patient, de son juge naturel (44). Nos articles 11 à 13 assurent au justiciable — et lui assurent doublement — la justice que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII lui déniait... Retour à l'article 75 ? Si l'on veut, mais — non pas en cercle : en hélice (45).

N'est-ce pas, d'ailleurs, un singulier paradoxe que d'invoquer la séparation des pouvoirs pour soustraire à la juridiction judiciaire un litige entre un particulier et l'Etat, et d'en faire abstraction pour abandonner à la juridiction judiciaire — ne serait-ce qu'en premier ressort et sous la sanction du Tribunal des Conflits — qui comprend des magistrats judiciaires — cette pure question de *compte* — et non de *compétence* — entre l'Etat et l'agent, cette véritable DÉLIMITATION DU DOMAINE DE LA FONCTION que constitue la distinction entre le « fait de service et le fait personnel » ? Pourquoi la délimitation de la fonction, *du service public*, ne constituerait-elle pas elle-même,

(42) *Précis*, 10e éd., p. 345.

(43) « L'Etat, observait l'avocat général DESJARDINS dans ses belles conclucions *Bruno* (Tr. Confl., 17 janv. 1880, D. P. 1880.III.105) paraît faire le raisonnement suivant : Je désire soustraire le litige aux tribunaux ordinaires. OR, SI JE PARVIENS A FIGURER AU PROCÈS COMME DÉFENDEUR, JE PUIS, DU MÊME COUP, CHANGER L'ORDRE DES JURIDICTIONS... » (Cf. notre précédente note 108 de la p. 269).

(44) A la vérité, l'agent est, lui-même, « enlevé à ses juges naturels », comme le souligne, non sans véhémence, l'arrêt *Challemel-Lacour* de la Cour de Dijon, 24 janv. 1879, D. P. 1881.I.325, mais, dans notre système, peu importe au patient qui obtient, à la fois : *juge naturel* et *débiteur solvable*.

(45) Cf. dans *Le Droit pur* d'Edmond PICARD, p. 232 à 235, la « représentation schématique de l'évolution du Droit » selon « l'hélice de DE GREEF » : « ligne hélicoïdale vrillant droit devant elle. »

comme la délimitation *du travail public* (46), comme la délimitation *du domaine public*, une question préjudicielle administrative (47) ? Qui, mieux que l'administration, est qualifié pour apprécier *pour quel compte* a agi *son agent ?* A QUI APPARTIENT-IL, SINON AU MAITRE DU SERVICE, de déclarer : « SERVICE » OU : « NON-SERVICE » ? Ainsi, la décision sur la discrimination du fait de l'agent administratif est considérée comme appartenant à l'administration :

— et par l'avocat général Blanche dans sa formule précitée (48) ;

— et par le commissaire du gouvernement David, qui la reproduisait dans ses conclusions *Gounouilhou* (49), après en avoir *lui-même* posé expressément le principe dans ses conclusions *Pelletier elles-mêmes* (v. *supra*, p. 132) ;

— et par le commissaire du gouvernement Marguerie, dans ses belles conclusions *Anaclet* (50) ;

— et — formellement — par Maurice Hauriou (51).

Nous irons même plus loin, et nous observerons que, si notre procédure d'intervention ministérielle était appliquée : non seulement aux agents de l'ordre *administratif*, mais aux agents de l'ordre *judiciaire*, on n'assisterait plus à ce spectacle à peine imaginable de *gendarmes condamnés à des dommages-intérêts envers des contrevenants pour une prétendue imprudence uniquement déterminée*

(46) Il est de doctrine et de jurisprudence constantes que le point de savoir si un agissement reproché à un entrepreneur de travaux publics est — ou non — « étranger aux travaux définis par le cahier des charges », « se résout en question préjudicielle réservée au conseil de préfecture » (DUFOUR, *Traité gén. de Dr. adm.*, 2e éd., t. VII, 1857, n° 335, p. 265 ; COTELLE, *Cours de Dr. adm.*, 3e éd., t. II, 1859, n° 27, p. 16 ; Crim., 16 avril 1836, *Guy*, S., 1836.I.387 ; Crim., 1er août 1837, *Gilquin*, S. 1837.I.849, avec de remarquables observations dans ce sens de L. M. DEVILLENEUVE sur la discrimination des actes de l'entrepreneur « dépouillés de tout caractère administratif » ; Cons. d'Et., 2 août 1838, *Laurent* et *Laurain*, S. 1839.II.313, sur la question de savoir « si l'entrepreneur est sorti des limites à lui tracées par le devis des travaux » ; etc.... Et, pour ses propres agents, cette même discrimination de la nature *administrative* des actes d'après le « devis » de la fonction *administrative* n'appartiendrait pas à l'autorité *administrative?*

(47) Cf. Art. 1, § 1, du décret-loi du 28 déc. 1926, et Cons. d'Et., 3 juin 1932, *Seyeux*, D. H. 1932, p. 410.

(48) V. *supra*, p. 327. De « l'acte clair », la formule passe ensuite à la « question difficile ».

(49) Tr. Confl., 24 nov. 1877, D. P. 1878.III.17.

(50) Cons. d'Et., 8 août 1884, D. H. 1886.III.41.

(51) *Précis*, 5e éd., 1903, p. 253 ; 5e éd., 1907, p. 377 ; 9e éd., 1919, p. 17 et 20 ; 10e éd., 1921, p. 367 ; 11e éd., 1927, p. 315 (dans ces deux dernières éditions, la formule s'est un peu estompée).

(selon les termes d'un déclinatoire préfectoral) « *par le désir et, d'ailleurs, l'obligation d'accomplir leur fonction* » (52).

Restent, cependant deux objections de fait : l'une intéressant *l'administré*, l'autre *l'Etat*. En ce qui concerne *l'administré*, la réserve à l'administration de la discrimination entre le « fait de service » et le fait personnel » contient une dangereuse menace dans l'hypothèse où l'Etat *s'est lui-même immunisé* de toute responsabilité : c'est le cas précis de la célèbre affaire *Le Gloahec* (53), où, dans un procès en responsabilité télégraphique, l'administration avait trouvé l'ingénieuse solution — l'Etat étant couvert (Loi du 29 nov. 1850, art. 6) — de couvrir également la faute personnelle de l'agent en refusant « le nom » ! Le remède est tout indiqué : c'est la suppression de l'immunité de l'Etat, et voilà précisément l'explication de l'article 1^er^ de notre proposition. Quant à sa justification, elle réside en ceci : qu'il n'est que la généralisation — *ubi eadem ratio, idem jus* — d'une proposition réclamée depuis plus de vingt ans par la doctrine et déposée, depuis le 6 avril 1927, sur le bureau de la Chambre des Députés (54).

En ce qui concerne l'Etat, se dresse l'objection traditionnelle de la charge que pourra constituer pour lui le « cumul », en raison de *la difficulté d'organisation du recours contre l'agent*, en raison des résistances — électorales, syndicales, ou autres — et même de la répugnance administrative — qui pourraient s'opposer à cette action récursoire contre l'agent (Cf. sur ce point : Léon Duguit, *Traité*, III, 1930, p. 527 et Georges Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1923, p. 250, note). Pour ce qui est de la difficulté d'organisation, nos articles 8, 9, 14, 16 en proposent la solution (55).

(52) Il est, à nos yeux, peu de lectures laissant une impression — juridiquement et moralement — aussi pénible que celle d'un article intitulé : *De la responsabilité civile des militaires de la gendarmerie dans l'exercice de leurs fonctions*, et paru sous la signature du capitaine Guérin dans la Revue de la Gendarmerie de 1931, p. 434 et s. Nous en avons extrait cette citation (p. 448).

(53) Cons. d'Et., 7 juill. 1922, S. 1923.III.33, note Hauriou ; N. A. H,. I, 624.

(54) Dans sa note sous Trib. civ. de la Seine, 11 avril 1911, *de Montebello*, S. 1914.II.81, M. Achille Mestre « s'élève contre cette notion anachronique » de l'irresponsabilité de l'Etat « en présence d'une organisation monopolisée ». Et, le 6 avril 1927, une proposition de loi était déposée par MM. Léon Baréty et Jean Ossola sur le bureau de la Chambre des Députés dans le sens de l'abrogation de l'article 6 de la loi du 29 nov. 1850.

(55) On nous permettra de souligner en particulier, dans notre proposition, la disparition d'un obstacle latent, mais effectif, s'opposant, dans le régime actuel, au jeu de l'action récursoire de l'Etat, à savoir : le système du « tout ou rien »,

Pour le reste, croit-on que les mêmes raisons qui arrêteraient l'action récursoire de l'administration en recouvrement de la condamnation ne l'inciteraient pas à un remboursement — voire même à une défense occulte de l'agent — pratique d'ailleurs courante ? Et n'avons-nous pas vu, il y a un instant, ce que pouvait devenir une condamnation judiciaire d'agent même dans le système du non-cumul ? La solution, d'ailleurs, n'a rien d'une nouveauté : n'est-ce pas celle de maints projets sur la responsabilité dans le service de l'enseignement public, notamment du projet Cruppi et du projet Doumergue (56) ? On sait aussi que les législations d'avant-guerre de nombreux Etats allemands avaient laissé l'Etat seul en face du demandeur en responsabilité comme en témoigne la citation suivante (57).

« Le trait commun et frappant de ces législations est de découvrir entièrement la responsabilité de l'Etat. Elles font rentrer celui-ci dans le droit commun par une sorte d'application du principe du risque professionnel, *malgré les arguments budgétaires et autres*, et elles jettent à terre, d'un seul coup, les subtiles distinctions entre la faute administrative et la faute personnelle. »

On voudra bien encore remarquer, dans notre proposition :
— la sauvegarde du Trésor public par le rôle capital attribué au Ministre des Finances et assurant la régularité du dosage (v. *supra*, p. 445) ;
— la préparation des actions récursoires par l'assignation en déclaration de jugement commun, faute de laquelle *elles porteraient à faux* (58) ;

tout si le fait est jugé « personnel », *rien* s'il est jugé « de service ». A la notion de fait *personnel — ou non —* nous substituons celle de fait *plus ou moins personnel selon les circonstances*, nous organisons, en un mot, *à côté du* « cumul », le *pseudo-cumul* (v. *supra*, page 374). Nos articles 9 et 14 permettent, en ce sens, le jeu « élégant » et nuancé de la « contribution » (v. *infra*, page suivante), le dosage de la *mise au compte personnel de l'agent, par l'Etat*, dans la proportion de la *prise en compte personnel par l'agent*, des conséquences de son fait.

(56) Ce projet a été déposé par M. DOUMERGUE, ministre de l'Instruction Publique, sur le bureau de la Chambre des Députés, le 30 juin 1908. — Cf. la remarquable thèse de M. Edouard BOUQUET : *Essai sur la responsabilité civile des fonctionnaires de l'enseignement public*, Dijon, 1923, p. 153 et 207. — *Contra :* Note *Morizot* de Maurice HAURIOU (Tr. Confl., 2 juin 1908, S. 1908.III.81 ; N. A. H., I, p. 616 et s.).

(57) Extrait d'une analyse présentée par M. Robert LÉGER dans la R. Dr. Public., 1904, II, p. 877, de l'ouvrage : FERRARIS, professeur à l'Université de Padoue, *La resp. de l'Etat et des pers. morales locales à raison des actes de leurs fonctionnaires d'après quelques législations allemandes.*

(58) Ce défaut de procédure a été précisément et récemment relevé dans le pourvoi d'un agent *contre une imputation récursoire de l'Etat :* Cons. d'Et., 29 oct. 1926, *Lieut. Morin.*

— l'allégement de la procédure pour le requérant par le renvoi du litige entre agent et Etat *après règlement de l'action du requérant.* Dès lors, celui-ci ne souffre pas — mais bénéficie au contraire — de cette *procédure en deux temps : « obligation — contribution »* dont « l'élégance » a été reconnue par Maurice Hauriou (59) et le principe admis par Léon Duguit (60).

Ainsi, l'organisation de la responsabilité civile de la Puissance publique et de ses agents telle que nous la proposons ne nous paraît menacer aucun intérêt légitime. Elle vise simplement à rendre à chacun ce qui lui appartient : « *Utilitate communi servata, suam cuique tribuere dignitatem* ». Elle restitue à l'autorité judiciaire, *juge externe de l'entreprise administrative de l'Etat*, le pouvoir de décision qui lui appartient *sur la responsabilité civile de la Puissance publique*, et elle restitue à l'autorité administrative sous le contrôle de la juridiction administrative, *juge interne de l'institution administrative de l'Etat*, le pouvoir de décision qui lui appartient *sur la responsabilité civile des agents administratifs de la Puissance publique.* N'est-il pas sage pour l'administration de renoncer à une exagération irrationnelle de sa prérogative pour en recouvrer une autre forme, rationnelle entre toutes : garantie nécessaire et suffisante de son autonomie, protectrice de son intérêt bien entendu ? Par surcroît, *de notre construction, se trouve éliminée la fâcheuse complication du conflit*, aussi bien pour la responsabilité de la Puissance publique, que pour celle de ses agents. *Le régime antijuridique de l'arrêt* Blanco *entraîne dans sa chute le régime non moins antijuridique de l'arrêt* Pelletier.

Seulement, alors que la chute du régime de l'arrêt *Blanco* marquera *la fin d'une atteinte au droit individuel*, la chute du régime de l'arrêt *Pelletier* marquera la *fin d'une atteinte non moins fâcheuse* — suum cuique — *à la prérogative administrative.* Or, l'équilibre nécessaire entre le droit individuel et la prérogative administrative, ce n'est pas *par des atteintes* à l'un et à l'autre : c'est *par le maximum possible de respect* de l'un et de l'autre, qu'il doit être réalisé.

On ne saurait, du moins, nous reprocher de procéder à un *renversement* brutal et simpliste dans le Droit civil de cette matière délicate et nuancée entre toutes : la responsabilité civile de la Puissance publique et de ses agents.

(59) *Précis*, 11e éd., 1927, p. 328, n. 1.
(60) *Traité*, III, 1930, p. 536, *in fine*.

Mais si, comme nous l'annoncions dans notre Avant-Propos, il ne peut être question pour nous de « *conformer* », en notre matière, le régime du service de la Puissance publique au régime du service de la personne privée, encore moins de les *confondre*, il nous a paru indispensable de les « *composer* » et de rechercher un système « où se puisse opérer leur *conjonction* » (61), d'apporter, selon une autre expression de notre ancien maître, M. Georges Renard, notre modeste contribution à leur « *remembrement* » (62). Et notre proposition n'est pas autre chose.

« Nous croyons, écrivait Léon MICHOUD, qu'on ne peut échapper aux objections (soulevées par le régime actuel) qu'en soumettant l'Etat aux règles du Droit privé *dans une mesure beaucoup plus étendue* que celle qui est admise par la jurisprudence actuelle » (63).

Nous croyons nous-même n'avoir pas dépassé cette mesure.

« Peut être, reconnaissait trente ans plus tard, Maurice HAURIOU au sujet de l'arrêt : « *Les Travailleurs français* » (v. *supra* p. 266, n. 99), dans le mouvement de rapprochement vers la jurisprudence civile qu'a marqué le Conseil d'Etat, y a-t-il une invite discrète à l'intervention du législateur. La matière des accidents d'automobile lui paraît peut-être MÛRE POUR LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE et, sans compromettre en rien ses propres directives, il a fait un geste pour le signaler » (64).

Nous n'avons fait, nous-même, que répondre à cette « invite », que suivre ce « geste », dont les accidents d'automobile ne nous ont pas paru devoir rester les bénéficiaires exclusifs : *ubi eadem ratio*...

En présence d'une « situation mixte où le droit privé se teinte de nuances appartenant au droit public » (65), nous nous sommes efforcé de la régler, selon la belle formule de M. le doyen H. Berthélemy, par « *un système établissant l'harmonie entre ces deux objets du Droit administratif : la consolidation nécessaire de l'autorité (administrative) dans l'Etat, et l'efficace garantie des administrés contre les erreurs possibles de l'autorité consolidée* » 66).

(61) Georges RENARD, *Le Droit, la Logique, et le Bon Sens*, p. 321.
(62) Théorie de l'Institution. t. I, 1930, p. 387, *in fine*.
(63) *Resp. de l'Etat*, R. Dr. Publ., 1895, t. I, p. 405, 406.
(64) Note HAURIOU précitée, N. A. H., I, p. 675.
(65) Paul DUEZ, *La loi du 3 mai 1921*, R. Dr. Publ., 1921, p. 226. Nous étendons la formule à toute la matière.
(66) H. BERTHÉLEMY, *Défense de quelques vieux principes*, *Mélanges Hauriou*, p. 811.

Dans sa récente conférence précitée sur « *Les besoins de l'Etat moderne* » (67), M. André Maurois déclarait :

« A mon avis, l'Etat oscille toujours entre deux pôles : *salus populi* et *justitia*, ou, si vous préférez : autorité et liberté. Il n'est parfait que lorsqu'il trouve une position d'équilibre entre ces deux tendances. »

C'est cet équilibre que nous avons ici osé, dans notre modeste sphère, chercher à réaliser. Avons-nous, du moins, projeté, sur la justice de cette victoire de justesse : l'arrêt *Blanco*, l'ombre du doute ? Si l'on veut bien nous l'accorder, on ne nous refusera pas davantage que, sur ce point du « conflit entre l'autorité et la liberté », le doute doive — en vertu de son statut juridique — profiter à l'accusé, ou, plutôt, à l'accusée, c'est-à-dire à la liberté :

in dubio libertas,

tout au moins sous la forme, par nous proposée, de *l'option entre la liberté et l'autorité*. Et l'on nous permettra d'emprunter à un savant auteur (68) ce trait historique que: « les jurisconsultes romains signalaient à la fois le caractère des privilèges et la règle à observer à leur égard par la maxime :

« Odia restringenda ».

Notre conscience d'auteur nous interdisait de critiquer sans conclure, comme de conclure sans proposer : nous avons formulé notre proposition. Nous prions encore qu'on ne nous attribue, ni le ridicule de lui trouver la perfection, ni la présomption d'en imposer l'accueil.

Le malaise créé par le régime actuel est incontestable. Abstraction faite de nos longues années de pratique — d'application — personnelles de ce régime (69) nous pouvons en appeler sur ce point à des autorités particulièrement qualifiées (70). A la lumière de la

(67) Journaux du 17 janvier 1934, v. *supra*, p. 58, n. 135.

(68) Paul Bernard, *De la resp. des fonctionnaires publ.*, Rev. Crit., 1877, p. 20.

(69) Selon, pourtant, le juste apophtegme d'un écrivain déjà cité : Louis Forest, « on n'a pas le droit de garder pour soi les leçons de l'expérience ».

(70) Commentant l'arrêt *Lemonnier* (Cons. d'Et., 26 juill. 1928), Léon Duguit observe que cette décision « permet légitimement de se demander si la jurisprudence du Conseil d'Etat ne traverse pas une période critique » (*Traité*, III, p. 535). L'année suivante, à propos de l'arrêt précité *Poursines* (Cons. d'Et., 28 mai 1924), M. Gaston Jèze s'exprime ainsi : « N'est-ce pas là une solution absurde ? » (R. Dr. Publ., 1924, p. 607). Au sujet de la même décision, M. Jean Appleton écrit : « Il y a là toute une construction à faire » (*Traité*, n° 138, p. 260)... C'est précisément cette construction que nous tentons ici.

raison, de la morale — et de la justice : leur confluent (71), nous nous sommes mis en quête d'un autre régime. Nous n'en avons découvert les éléments, ni dans notre imagination, ni dans notre fantaisie :

« Rien n'est plus facile, écrivait le regretté Raymond SALEILLES, que de ne pas adopter les idées des autres, mais c'est souvent si inutile ! Ce qui est utile, juridiquement et socialement utile, et aussi un peu plus difficile, c'est de choisir, parmi les idées courantes, celle qui convient le mieux à son époque et, ce choix fait, de s'y rallier sans autre prétention à l'originalité » (72).

Telle se présente cette étude : un simple « choix » parmi la législation, la jurisprudence et la doctrine qui, toutes trois, nous sont apparues, en cette matière, sous l'emprise de la « *tendance progressive et constante du droit administratif à se rapprocher du droit commun*, tendance qui se manifeste à la fois *dans le fond du droit* et *dans la juridiction* » (73).

Aussi bien, observe encore l'éminent doyen Fr. Gény,

« Quand nous voyons une solution juridique surgir peu à peu de l'évolution du milieu social, s'imposant à la pratique, pressentie par la doctrine, suggérée par la jurisprudence, consacrée par le législateur en des applications partielles de façon à représenter comme un centre d'aspirations convergentes, et à définir, enfin, un postulat inéluctable de la vie juridique, nous ne pouvons guère hésiter à la tenir pour pleinement justifiée » (74).

Dans notre marche vers la solution rationnelle d'une question complexe et ardue entre toutes, peut-être avons-nous exagéré le parcours, mais, peut-être aussi, tous nos pas n'auront-ils pas été inutiles.

« Pas très loin d'ici, dans un village du Grand-Duché de Luxembourg (75), remarquait naguère Charles BENOIST en conclusion d'un bel article de philosophie politique (76), est célébrée, chaque année, une cérémonie qui a nom, s'il m'en souvient bien, la procession des saints « dansants ». Elle se déroule lentement ; chacun de ceux qui y prennent part faisant, après deux pas en avant, un pas en arrière. Vivant symbole. Ainsi marche l'humanité vers ses futurs destins. *Faisons toujours nos deux pas en avant. Ce sera, peut-être, un pas de gagné* ».

...Si un tel espoir nous était permis, s'il nous était seulement donné de contribuer à exorciser nos prétoires du spectre du « monstrueux » (77) arrêt *Blanco*, et à développer, au contraire, la très

(71) V. *supra*, p. 12.
(72) *De la Personnalité juridique*, 1910, p. 336.
(73) Rod. DARESTE, *La Justice administrative*, 2e éd., p. 667, v. *supra*, p. 407.
(74) *Risques et responsabilité*, R. Tr. Dr. Civ., 1902, p. 847.
(75) On sait que ce petit village est celui d'Echternach.
(76) *L'esprit de Machiavel et les méthodes politiques*, Revue des Deux-Mondes, 15 sept. 1926, p. 375.
(77) H. BERTHÉLEMY, Rev. Pénit., 1906, p. 515 (cf. *supra*, p. 204 et n. 165).

juridique et très courageuse jurisprudence *Motsch* de la Chambre Criminelle de la Cour Suprême — comme sa haute consécration : la jurisprudence *Dame Mélinette* du Tribunal des Conflits — le but immédiat de ce « livre de bonne foy » serait atteint, et son ambition comblée au delà de son mérite.

Nancy, le 9 juillet 1934.

VU : *Le Président de Thèse,*
LOUIS TROTABAS.

Nancy, le 10 juillet 1934.

VU : *Le Doyen de la Faculté de Droit,*
SENN.

Nancy, le 11 juillet 1934.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
BRUNTZ

BIBLIOGRAPHIE

de la documentation utilisée au cours de cette étude (1)

I. — **Ouvrages généraux et spéciaux** non compris dans les catégories suivantes.

II. — **Articles, Chroniques, Rapports.**

III — **Notes de jurisprudence.**

IV. — **Conclusions des commissaires du gouvernement** devant le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat.

V. — **Thèses.**

VI. — **Revues et Journaux.**

VII — **Recueils et Répertoires.**

I. — OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

Raphaël Alibert. — Le contrôle juridictionnel de l'administration, 1926.

Edgard Allix. — Traité élémentaire de science des finances et de législation financière, 6e édition, 1931.

Jean Appleton. — Traité élémentaire du contentieux administratif, 1927.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 5e édition, t. VI, 1920, par M. Etienne Bartin.

Léon Aucoc. — Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3e édition, t. I, 1885.

(1) Nous croyons devoir spécifier que, dans notre pensée, cette bibliographie se limite aux sources qui ont, directement ou indirectement, contribué à l'élaboration de notre étude. Il nous sera cependant permis d'ajouter que nous nous sommes attaché à la pousser aussi près que possible de la bibliographie intégrale de la matière.
Sauf indication contraire, le lieu de l'édition est Paris.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — Traité théorique et pratique du droit civil, XII, Des obligations, 3e édition, t. I, 1906.

Joseph-Barthélemy. — Le gouvernement de la France, 1924.

Joseph-Barthélemy et Paul Duez. — Traité de droit constitutionnel, 1926.

H. Berthélemy. — Traité élémentaire de droit administratif, 1re édition, 1901 ; 11e édition, 1926 ; 13e édition, 1933.

Ch. Beudant. — Cours de droit civil français. — Les contrats et les obligations, 1906.

Ch. Blaevoet. — Des atteintes à la propriété à raison des travaux publics, 1930.

Roger Bonnard. — De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents : en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne, 1914.

— Précis élémentaire de droit administratif, 1926.

Julien Bonnecase. — Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie : t. I, 1924 ; t. II, 1925 ; t. III, 1926.

Emile Boutmy. — Etudes de droit constitutionnel, 7e édition, 1923.

R. Carré de Malberg. — Contribution à la théorie générale de l'Etat ; t. I, 1920 et t. II, 1922.

Adolphe Chauveau. — Principes de compétence et de juridiction administratives, t. I, 1840.

Ambroise Colin et Henri Capitant. — Cours élémentaire de droit civil, 7e édition, t. II, 1932.

Cotelle. — Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, 3e édition, t. II, 1859.

Jules Coumoul. — Traité du pouvoir judiciaire, de son rôle constitutionnel, et de sa réforme organique, 1re édition, 1895 ; 2e édition, 1911.

P. Couzinet. — La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs. — Questions de compétence, 1928.

Pierre Dareste. — Les voies de recours contre les actes de la Puissance publique, 1914.

Rodolphe Dareste. — La justice administrative en France, 2e éd., 1898.

René Demogue. — Traité des obligations en général : t. I, 1921 ; t. II, 1922 ; t. III, 1923 ; t. IV, 1924 ; t. V, 1925 ; t. VI, 1932.

Th. Ducrocq. — Cours de droit administratif et de législation française des finances, 7e édition, 1897.

Paul Duez. — Responsabilité de la Puissance publique (en dehors du contrat), 1927.

Gabriel Dufour. — Traité général de droit administratif appliqué, 2e édition, t. IV, 1855 ; t. VI et VII, 1857.

Léon Duguit. — L'Etat, les gouvernants et les agents, t. II, 1903.
— Les transformations du droit public, 1913.
— Traité de droit constitutionnel, 2e édition, t. I, 1922 ; t. II, 1923 ; t. III, 1925 ; 3e édition, t. III, 1930.
— Leçons de droit public général, 1926.
Duquesnel. — Jurisprudence comparée du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, 1912.
Emile Faguet. — ...Et l'horreur des responsabilités, 1911.
Louis Gardenat et Salmon Ricci. — De la responsabilité civile, 1927.
E. Garsonnet et Cézar-Bru. — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3e édition, t. III, 1913.
François Gény. — Des droits sur les lettres missives, t. I, 1911.
— Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2e édition, 1919.
Frédéric Girard. — Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, t. I, 1901.
Maurice Hauriou. — Précis de droit administratif : 1re édition, 1892 ; 2e édition, 1893 ; 3e édition, 1897 ; 4e édition, 1901 ; 5e édition, 1903 ; 6e édition, 1907 ; 7e édition, 1911 ; 8e édition, 1914 ; 9e édition, 1919 ; 10e édition, 1921 ; 11e édition, 1927 ; 12e édition revue par André Hauriou, 1933.
— La gestion administrative, 1899.
— Principes du droit public, 1re édition, 1910 ; 2e édition, 1916.
— Précis de droit constitutionnel, 1re édition, 1923 ; 2e édition, 1929.
Joseph Hémard. — Théorie et pratique des assurances terrestres, t. I, 1924.
Idoux. — La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation quant aux points qui leur sont communs, 1908.
Ihering. — De la faute en droit privé, trad. O. de Meulenaere, 1880.
René Jacquelin. — Les principes dominants du contentieux administratif, 1899.
— Une conception d'ensemble du droit administratif, 1899.
— Cours de droit administratif pour le doctorat de 1922-1923, édité par « Les cours de droit ».
Gaston Jèze. — Les principes généraux du droit administratif, 1914 ; 3e édition, t. II, La notion de service public, 1930 ; t. III, Le fonctionnement des services publics, 1926.
Louis Josserand. — De la responsabilité du fait des choses inanimées, 1897.
— Cours de droit civil positif français, t. II, 1930.
Laband. — Le droit public de l'empire allemand, trad. Gandilhou, t. II, 1901.

E. Laferrière. — Traité de la juridiction administrative, 2e édition, t. I et t. II, 1896.

André Lalande. — Vocabulaire de la philosophie, t. I et t. II, 1928.

Henri Lalou. — Responsabilité civile, 1re édition, 1928.

René Marcq. — La responsabilité de la Puissance publique, Bruxelles, 1911.

Henri et Louis Mazeaud. — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, 1re édition, 2 vol., 1931 ; 2e édition, 3 vol., 1934.

Mélanges Hauriou, 1929.

Léon Michoud. — La théorie de la personnalité morale : 1re édition, t. I, 1906 ; t. II, 1909 ; 3e édition 1932, par Louis Trotabas.

Félix Moreau. — Droit administratif, 1909.

Edmond Picard. — Le droit pur, 1908.

Marcel Planiol et Georges Ripert. — Traité pratique de droit civil français. — Les obligations, par Paul Esmein : t. I, 1930 ; t. II, 1931.

Georges Renard. — Cours élémentaire de droit public, 1922.

— Le droit, la logique, et le bon sens, 1925.

— Théorie de l'institution, t. I, 1930.

Georges Ripert. — La règle morale dans les obligations civiles, 2e édition, 1927.

Louis Rolland. — Précis de droit administratif : 4e édition, 1932 ; 5e édition, 1934.

Sainctelette. — De la responsabilité et de la garantie, chez *Bruylant*, à Bruxelles, 1884.

Raymond Saleilles. — Les accidents du travail, 1897.

— Essai d'une théorie générale de l'obligation : 1re édition, 1890 ; 2e édition, 1901.

— De la personnalité juridique, 1910.

F. C. de Savigny. — Traité de droit romain, trad. Ch. Guenoux, t. I, 1840.

D. Serrigny. — Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil, 2e édition, t. I, 1865.

A. Sourdat. — Traité général de la responsabilité : 1re édition, 2 vol., 1852 ; 4e édition, 1887.

Georges Teissier. — Responsabilité de la Puissance publique, 1906, Répertoire Bequet, t. XXIII-II.

Louis Trotabas. — Constitution et gouvernement de la France, 1930.

— Précis de science et de législation financières, 3e édition, 1933.

— Eléments de droit public et administratif, 1932.

Maurice Vauthier. — Précis du droit administratif de la Belgique, chez Ferdinand *Larcier*, à Bruxelles, 1928.

II. — ARTICLES. — CHRONIQUES. — RAPPORTS (2)

G. Aillet. — Obligation civile et obligation morale, *Rev. Métaph.*, 1927, p. 35 à 64.

Artur. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions : *R. Dr. Publ.*, 1900, I, p. 214 à 246, 470 à 496 ; 1900, II, 34 à 64, 236 à 280, 436 à 505 ; 1902, I, 78 à 97, 234 à 274, 439 à 472 ; 1903, II, 415 à 502.

H. Barckhausen. — Etude sur la théorie générale du domaine public : *R. Dr. Publ.*, 1902, II, p. 401 à 446 ; 1903, I, p. 31 à 69.

Joseph-Barthélemy. — De l'interprétation des lois par le législateur, *R. Dr. Publ.*, 1908, p. 499.

— Sur l'obligation de faire et de ne pas faire dans le droit public, *R. Dr. Publ.*, 1912, p. 505 à 540.

Emile Becqué. — La responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1914, p. 251.

Paul Bernard. — De la responsabilité des fonctionnaires publics, *Rev. Crit.*, 1876, p. 513 et 590 ; 1877, p. 12 et 441 ; 1878, p. 41 et 91.

H. Berthélemy. — De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative, *R. Dr. Publ.*, 1904, I, p. 209.

— Défense de quelques vieux principes, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 811 à 830.

— Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons, *Rev. Crit.*, 1931, p. 59 à 71.

Blanche. — Article du journal *Le Droit*, du 24 janv. 1875 sur la resp. des fonctionnaires (D. P. 1876.I.289, notes 1, 2, 3).

Roger Bonnard. — Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics, *R. Dr. Publ.*, 1925, p. 1 à 63.

— Les droits publics subjectifs des administrés, *R. Dr. Publ.*, 1932, p. 695 à 728.

Bonnet. — Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, *Rev. Crit.*, 1912, p. 435.

G. Camerlynck. — De la responsabilité contractuelle en matière d'accidents de personnes, *Rev. Crit.*, 1931, p. 83.

Henri Capitant. — Des obligations de voisinage, *Rev. Crit.*, 1900, p. 156 et s. ; 228 et s.

(2) La page indiquée seule est la première du document cité.

Henri Capitant. — La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930, *Chronique* au D. H., 1930, p. 29.

J. Charmont. — Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1906, p. 843 à 845.

P. Closset. — Notes sur les actions noxales, *R. G. D. L. J.*, p. 276.

Cormenin. — Rapport préparatoire à l'ordonnance du 1er juin 1828 sur les conflits, *Dalloz, Jurispr. gén.*, t. XII, V° *Conflits*, 1851, p. 113.

J. Crouzel. — La responsabilité contractuelle, *R. G. D. L. J.*, 1926, p. 11.

— La distinction des deux responsabilités civiles, *ibid.*, p. 253.

Paul Cuche. — La nature juridique des indemnités d'accidents du travail, *Rev. Crit.*, 1930, p. 201.

Louis Delbez. — De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité, *R. Dr. Publ.*, 1932, p. 441, à 490.

J. Delpech. — De la responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 189 à 210.

Paul Duez. — La loi du 3 mai 1921 et la théorie générale de la responsabilité, *R. Dr. Publ.*, 1922, p. 190 à 231.

— La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire, *Rev. Crit.*, 1923-1924, p. 337 à 353.

— Recherches sur l'exception d'illégalité, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 565 à 598.

Léon Duguit. — Les particuliers et les services publics (à propos de l'arrêt: Cons. d'Et., 21 décembre 1906, *Croix de Séguey-Tivoli*), *R. Dr. Publ.*, 1907, p. 411.

— De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 253 à 284.

Paul Esmein. — La notion d'exercice des fonctions, *Rev. Crit.*, 1923-1924, p. 199 à 203.

— Le fondement de la responsabilité contractuelle, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1933, p. 627 à 692.

— La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile, *Chronique* au D. H. 1934, p. 53 à 56.

André Fliniaux. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative, *R. Dr. Publ.*, 1921, p. 333 à 360.

— Le recours en appréciation de validité, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 297 à 333.

James W. Garner. — La conception anglo-américaine du droit administratif, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 337 à 385.

François Gény. — Risques et responsabilité, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1902, p. 812 à 849.

Gilbert-Massonié. — De la compétence des tribunaux judiciaires à l'égard des fonctionnaires de l'ordre administratif, *R. G. D. L. J.*, 1902, p. 30.

F. Gorphe. — Formation de la nouvelle jurisprudence sur la responsabilité des accidents, *Rev. Crit.*, 1931, p. 177.

A. Guillois. — L'organisation de la juridiction administrative, *R. Dr. Publ.*, 1923, p. 84.

Just Haristoy. — Technique et politique en matière financière, *Rev. Sc. et Lég. fin.*, 1928, p. 412.

Maurice Hauriou. — Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés par l'administration publique, *R. Dr. Publ.*, 1896, p. 51.

— Police juridique et fond du droit, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1926, p. 265 à 312.

Gaston Jèze (3). — *R.*, 1905, II, p. 554 et s. : Règles de compétence (Tr. Confl., 15 avril, 1905, *Dame Debref ;* Civ., 3 avril 1905, *Ville de Boulogne-sur-Mer*). — Contentieux de pleine juridiction (Cons. d'Et., 27 février 1903, *Zimermann*,... 10 février 1905, *Tomaso Greco*).

— *R.*, 1908, p. 257 : Tribunal des Conflits.

— *R.*, 1910, p. 72 : De la responsabilité des patrimoines administratifs (en cas de faute personnelle) (Cons. d'Et., 12 février 1909, *Cie de col. comm. du Congo français*).

— *R.*, 1910, p. 249 : Signification de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire (Cons. d'Et., 4 mars 1910, *Thérond*).

— *R.*, 1914, p. 145 : Même objet en matière contractuelle (Cons. d'Et., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*).

— *R.*, 1914, p. 569 à 583 : De la responsabilité pécuniaire des patrim. adm. au cas de faute personnelle des agents publics (Tr. Confl., 2 mai 1914, *Provost*).

— *R.*, 1919, p. 41 : Jurispr. adm. (Cons. d'Et., 26 juillet 1918, *Lemonnier*).

— *R.*, 1919, p. 350 : Jurispr. adm. (Cons. d'Et., 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*).

(3) Les articles donnés par M. Gaston Jèze à la *Revue du Droit public* prenant souvent texte de décisions jurisprudentielles, il nous a paru opportun de réunir ici : les *articles*, les *articles-notes*, et les *notes* proprement dites du savant auteur. Nous indiquerons cette *Revue* par l'abréviation : *R.*

Gaston JÈZE. — R., 1920, p. 405 : Jurispr. adm. (Cons., 21 mai 1920, *Colas*, Cuirassé *Liberté*).

— *R.*, 1921, p. 377 : Les lenteurs de la juridiction administrative.

— *R.*, 1922, p. 537 : Règle de la sép. des autor. adm. et jud. (Cons. d'Et., 24 mars 1922, *Soc. Navale de l'Ouest*).

— *R.*, 1923, p. 560 : Caractères auxquels on reconnaît le domaine public (Cons. d'Et., 17 janv. 1923, *Piccioli*).

— *R.*, 1924, p. 75 : Responsabilité pécuniaire des patrim. adm. de l'Etat à raison du fonctionnement des services publics (Cons. d'Et., 30 nov. 1923, *Couitéas*).

— *R.*, 1924, p. 230 : La mesure de la communauté et de la spécialité du préjudice (Cons. d'Et., 14 mars 1924, *Cie des messageries fluviales*).

— *R.*, 1924, p. 385 : Règle de la sép. des autor. adm. et jud. (Cons. d'Et., 23 mars 1924, *Soc. des affréteurs réunis*).

— *R.*, 1924, p. 601 : Irresponsabilité des fonctionnaires publics vis-à-vis de l'administration pour fautes personnelles commises dans l'exercice de leurs fonctions (Cons. d'Et., 28 mars 1924, *Poursines*).

— *R.*, 1925, p. 161 à 194 : Les contrats administratifs.

— *R.*, 1925, p. 274 : Resp. des patrim. adm. à raison des dommages causés par la faute personnelle des agents publics (Cons. d'Et., 13 mars 1925, *Clef*).

— *R.*, 1925, p. 291 : Proposition de loi du 26 mars 1925, présentée par M. Maurice BENDER, député, tendant à l'organisation du Conseil d'Etat par la réduction du contentieux.

— *R.*, 1926, p. 258 : Jurispr. adm. (Cons. d'Et., 20 mars 1926, *Grimaud*).

— *R.*, 1926, p. 245 : Resp. des patrim. adm. à raison du fonctionnement des services publics (Cons. d'Et., 18 juin 1926, Cie d'ass. *L'Abeille*).

— *R.*, 1933, p. 426 : Compétence des tribunaux judiciaires en matière de resp. des patrim. adm. (Tr. Confl., 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*).

— *R.*, 1933, p. 454 : Caractères auxquels on reconnaît le domaine public (Cons. d'Et., 13 janv. 1933, *Cie du Ch. de fer du P. O.*).

Louis JOSSERAND. — Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées, *Chronique* au D. H. 1930, p. 5 à 8.

— La doctrine contre la jurisprudence, *Chronique* au D. H. 1931, p. 69 à 72.

— Force majeure et cas fortuit, *Chronique* au D. H. 1933, p. 25 à 28.

André KAFTAL. — La réparation des dommages causés aux voyageurs dans

les transports aériens, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1929, N° 4, tirage spécial.

J. Laferrière. — La réforme de la juridiction administrative, *R. Dr. Publ.*, 1921, p. 109.

Henri Lalou. — Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant « sain et sauf », *Chronique* au D. H. 1931, p. 37 à 43.

Pierre Laroque. — Les conflits d'attributions, *R. Dr. Publ.*, 1932, p. 5 à 71.

Emmanuel Lévy. — Responsabilité et contrat, *Rev. Crit.*, 1899, p. 361.

— Contrat, personne, cause, Etat, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1930, p. 67.

J. Luchet. — Logique de l'obligation, *R. G. D. L. J.*, 1908, p. 421.

F. Mallieux. — La méthode des jurisconsultes, *Rev. Métaph.*, 1907, p. 458.

René Martin. — Commentaire de la loi du 20 avril 1932, D. P. 1932.IV. 273.

Léon Mazeaud. — L'assimilation de la faute lourde au dol, *Chronique* au D. H. 1933, p. 49 à 56.

Achille Mestre. — La notion de la personnalité morale chez Rousseau, *R. Dr. Publ.*, 1902, II, p. 452.

— Recherches sur l'exception d'illégalité, *Mél. Hauriou*, 1929, p. 565.

Léon Michoud. — Responsabilité de l'Etat, *R. Dr. Publ.*, 1895, I, p. 401 à 429 ; II, p. 1 à 31 et 251 à 285.

G. Morin. — Le sens des transformations contemporaines du droit, *Rev. Métaph.*, 1927, p. 254.

— L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique, *Rev. Métaph.*, 1929, p. 267 à 283.

Milorad Nedelkowitch. — Etudes économiques et financières sur l'Etat. — Théorie de l'impôt, *Rev. Sc. et Lég. Fin.*, 1923, p. 63 à 80.

Henry Nézard. — La situation juridique des employés de l'Etat, des départements et des communes, *R. Gén. Adm.*, 1904, t. III, p. 144.

Marcel Planiol. — Etudes sur la responsabilité civile : *Rev. Crit.*, 1905, p. 277 et s. ; 1906, p. 80 et s. ; 1909, p. 282 et s.

Marc Réglade. — L'exception d'illégalité en France, *R. Dr. Publ.*, 1923, 3e trim., tirage spécial.

Georges Renard. — La théorie des *leges mere poenales*, *Mél. Hauriou*, 1929, p. 623.

Raymond Saleilles. — La responsabilité du fait des choses devant la Cour Suprême du Canada, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1911, p. 53.

René Savatier. — Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, *Chronique* au D. H. 1931, p. 9 à 12.

J. Theis. — Le Tribunal des Conflits juge du fond, *R. Dr. Publ.*, 1932, p. 491 à 504.

Louis TROTABAS. — De la responsabilité civile de l'Etat et des administrations publiques du fait de leurs fonctionnaires et agents. — Discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de Liége, le 1er octobre 1923, par M. A. MEYERS, Procureur général, *Rev. Crit.*, 1923-1924, p. 182.

— Rapport *particulier* présenté pour la France au Congrès international de droit comparé à La Haye (2-6 août 1932) sur la responsabilité de l'Etat en droit interne français, *Revista de Drept public* (Bucarest), 1933, tirage spécial.

— Rapport *général* présenté au même Congrès sur la responsabilité de l'Etat en droit interne, *R. Dr. Publ.*, 1932, 4e trim., tirage spécial.

Pierre VOIRIN. — Etude juridique du pourboire, *R. Tr. Dr. Civ.*, 1929, p. 300.

Marcel WALINE. — De la situation juridique de l'usager d'un service public, *Rev. Crit.*, 1933, p. 236 à 255.

III. — NOTES DE JURISPRUDENCE

Raphaël ALIBERT. — Note *Dame Mélinette*, Tr. Confl., 11 juillet 1933, S. 1933.I.97.

Jean APPLETON. — Note *Somerville*, Civ., 27 nov. 1918, D. P. 1919.I.17.

— Note sous divers arrêts, D. P. 1920.III.1 à 7.

— Note *Poursines*, Cons. d'Et., 28 mars 1924, D. P. 1924.III.49.

— Note « *Les Travailleurs français* », Cons. d'Et., 22 déc. 1924, D. P. 1925.III.9.

— Note *Bonsergent* (Paraffine), Civ., 30 mars 1926, D. P. 1926.I.77.

— Note *Rapin*, Cons. d'Et., 9 nov. 1928, D. P. 1929.III.1.

— Note *Radigois*, *Vve Le Pape*, Cons. d'Et., 22 mai et 27 juin 1930, D. P. 1930.III.50.

— 1re Note *Motsch*, Crim., 28 mai 1930, D. P. 1930.I.161.

— 2e Note *Motsch*, Crim. 20 nov. 1931, D. P. 1932.I.16.

Ch. BLAEVOET. — Note *Dame Mélinette*, Tr. Confl., 11 juill. 1933, D. P. 1933.III.65.

Roger BONNARD. — Note *Motsch*, Crim., 28 mai 1930, S. 1930.I.93.

— Note *Hospices civils de Reims*, Civ., 30 déc. 1930, S. 1931.I.217.

— Note *Garcin*, Cons. d'Et., 23 janv. 1931, S. 1931.III.97.

DELVOLVÉ. — Note *Kuhn*, Cons. d'Et., 29 janv. 1932, S. 1932.III.97.

Jean DEVAUX. — Note *Armspach*, *Grienenberger*, Colmar, 13 oct. et 17 nov. 1924, D. P. 1925.II.59.

FERRON. — Note *Dessauer* (Opéra Comique), Civ., 12 juin 1901, S. 1906. III.41.

HALLAYS-DABOT. — Note *Godart*, Tr. Confl., 7 juin 1873, Rec. Lebon 1873, 1er Suppl., p. 109.

Maurice HAURIOU (4). — *Ambrosini*, C. E., 10 mai 1912, S. 1912.III.161 ; N. I, p. 510.

— *Anguet*, C. E., 3 févr. 1911, S. 1912.III.137e; N. I, p. 627.

— *Bodson*, C. E., 26 déc. 1926, S. 1927.III.105 ; N. I, p. 658.

— *Cames*, C. E., 21 juin 1895, S. 1897.III.33 ; N. I, p. 676.

— *Ch. de fer de l'Est*, C. E., 8 avril 1927, S. 1927.III.89 ; N. I, p. 245.

— *de Fonscolombe*, T. C., 11 avril 1908, S. 1909.III.49 ; N. I, p. 588.

— *Demoreuil*, C. E., 1er juill. 1927, S. 1927.III.105 ; N. I, p. 658.

— *Dourdent*, C. E., 19 mai 1922, S. 1924.III.9 ; N. I, p. 654.

— *Elections de Bouilh-Pereuilh*, C. E., 16 déc. 1908, S. 1909.III.65 ; N. I, p. 253.

— *Fabrègues*, C. E., 23 juill. 1909 et 22 juill. 1910, S. 1911.III.121 ; N. II ; p. 397.

— *Feutry*, T. C., 29 févr. 1908, S. 1908.III.97 ; N. I, p. 573.

— *Lamiable*, C. E., 30 juin 1922, S. 1922.III.25 ; N. I, p. 567.

— *Le Glohaec*, C. E., 7 juill. 1922, S. 1922.III.33 ; N. I, p. 624.

— *Vve Lemetti*, T. C., 26 mai 1924, S. 1924.III.49 ; N. I, p. 505.

— *Lemonnier*, C. E., 26 juill. 1918, S. 1918-19.III.41 ; N. I, p. 636.

— *Lepreux*, C. E., 13 janv. 1899, S. 1900.III.1 ; N. I, p. 515.

— *Morizot*, T. C., 2 juin 1908, S .1908.III.81 ; N. I, p. 614.

— *Poursines*, C. E., 28 mars 1924, S. 1926.III.17 ; N. I, p. 668.

— *Regnault-Desroziers*, C. E., 28 mars 1919, S. 1918-19.III.25 ; N. I, p. 686.

— *Vve Rousseau*, T. C., 10 mars 1923, S. 1924.III.57 ; N. III, p. 484.

— *Sepfonds*, T. C., 16 juin 1923, S. 1923.III.49 ; N. I, p. 59.

— *Soc. d'ass. « Les travailleurs français »*, C. E., 22 déc. 1924, S. 1926.III.1 ; N. I, p. 672.

— *Tomaso Greco*, C. E., 10 févr. 1905, S. 1905.III.113 ; N. I, p. 529.

— *Vion et fils*, T. C., 29 juill. 1916, S. 1917.III.1 ; N. I, p. 134.

— *Zimmermann*, C. E., 27 févr. 1903, S. 1905.III.17 ; N. I, p. 552.

Alexandre HOUEL. — Note *Dame Mélinette*, Tr. Confl. 11 juillet 1933, Gaz. Trib., 19 oct. 1933.

Gaston JÈZE. — (Voir la rubrique précédente : « Articles »).

(4) Nous suivrons l'ordre alphabétique. La référence N, suivant celle du Sirey, est celle des « *Notes d'arrêts* ».

Achille Mestre. — Note *Somerville*, Civ., 27 nov. 1918, S. 1921.I.352.

Léon Michoud. — Note sous Pau, 28 déc. 1891, S. 1892.II.297. (Responsabilité d'une société de courses pour le fait de ses commissaires).

Ch. Rousseau. — Note *Lussagnet*, Cons. d'Et., 16 mai 1930, S. 1930.III.73.

Louis Trotabas. — Note *de Mestral*, Cons. d'Et., 3 juill. 1925, D. P. 1926.III.17.

— Note *Demoreuil*, Cons. d'Et., 1er juill. 1927, D. P. 1928.III.21.

— Note *Dame X.*, Cons. d'Et., 23 janv. 1931, D. P. 1932.III.57.

— Note *Dame Robert*, Nancy, 1er juin 1934, Recueil Dijon-Nancy-Besançon, 1934, p. 210.

Marcel Waline. — Note *Grossmann*, Cons. d'Et., 6 mai 1932, D. P. 1933.III.57.

— Note *Verbanck*, Tr. Confl., 27 nov. 1933, D. P. 1934.III.9.

IV. — CONCLUSIONS

Léon Aucoc. — Concl. *Van Rysselberg*, T. Confl., 15 avril 1868, D. P. 1868.III.52.

Léon Blum. — Concl. *Lemonnier*, Cons. d'Et., 26 juill. 1918, S. 1918-19.III.41, N. A. H. I., p. 637.

Corneille. — Concl. *Thévenet*, Cons. d'Et., 23 juin 1916, R. Dr. Publ., 1916, p. 381.

— Concl. *Colas* (Cuirassé *Liberté*), Cons. d'Et., 21 mars 1920, R. Dr. Publ., 1920, p. 410.

David. — Concl. *Blanco*, Tr. Confl., 8 février 1873, D. P. 1873.III.17, v. *supra*, p. 132.

— Concl. *Pelletier*, Tr. Confl., 30 juillet 1873, D. P. 1874.III.5.

— Concl. *Gounouilhou*, Tr. Confl., 24 nov. 1877, D. P. 1878.III.17.

Desjardins. — Concl. *Bruno*, Tr. Confl., 17 janv. 1880, S. 1881.III.49.

Matter. — Concl. *Côte d'Ivoire*, Tr. Confl., 22 janv. 1922, D. P. 1923.III.1.

Marguerie. — Concl. *Anaclet*, Cons. d'Et., 8 août 1884, D. P. 1886.III.41.

Rivet. — Concl. *Grimaud*, Cons. d'Et., 20 mars 1926, R. Dr. Publ., 1926, p. 260.

Rouchon-Mazerat. — Concl. *Dame Mélinette*, Tr. Confl., 11 juillet 1933, D. P. 1933.III.65.

— Concl. *Verbanck*, Tr. Confl., 27 novembre 1933, D. P. 1934.III.9.

G. Teissier. — Concl. *Feutry*, Tr. Confl., 29 février 1908, D. P. 1908.III.49 ; S. 1908.III.97 ; N. A. H., I, p. 573.

V. — THESES

Jacques Allier. — De l'obéissance due par l'administration à la chose jugée par la juridiction administrative, Paris 1923.

Pierre Bettrémieux. — Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, Lille 1921.

Mlle G. Bichoffe. — Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? Fonction publique et contrat, Nancy 1927.

André Brun. — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Lyon 1931.

L. Couzinet. — Etude sur la responsabilité des groupements administratifs. Questions de compétence, Toulouse 1911.

André Demarne. — De la responsabilité des commettants, Paris 1911.

Depaule. — Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics en droit français depuis 1789, Toulouse 1902.

Armand Dorville. — De l'intérêt moral dans les obligations. — Sur le principe de la réparation pécuniaire des dommages non économiques, Paris 1901.

Ducros. — De la réparation des dégâts autres que les dommages de guerre causés aux personnes et aux propriétés par les troupes françaises en campagne, Paris 1920.

Dupeyroux. — Faute personnelle et faute du service public, Paris 1922.

Mlle Marie-Marguerite Fayolle. — La force exécutive des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques, Nancy 1926.

Adrien Gérard. — Les « torts » ou délits en droit anglais, Rennes 1911.

Yves Gestin. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative, Rennes 1928.

F. R. A. Guérin. — De la responsabilité des magistrats publics en droit romain. De la responsabilité des fonctionnaires en droit français, Paris 1883.

Hitte. — Le contrôle des dépenses engagées, Bordeaux 1924.

Maurice Kellersohn. — Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir, Bordeaux 1915.

Maurice Lorne. — Responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants, Paris 1910.

Pierre Louis-Lucas. — Volonté et Cause, Paris 1918.

René Marteau. — La notion de causalité dans la responsabilité civile, Aix 1914.

Maurice Meigné. — Responsabilité et contrat, Lille 1921.

Achille Mestre. — De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur, Paris 1899.

Achille Mestre. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Paris 1899.

Louis Mondet. — Le recours des personnes responsables du fait d'autrui, Bordeaux 1897.

Jean de Moulezin. — Le contrôle des dépenses engagées, Paris 1923.

de Nesmes-Desmarets. — De la responsabilité civile des fonctionnaires, Montpellier 1910.

Henry Nézard. — La théorie juridique de la fonction publique, Paris 1901.

Jean Paris. — La responsabilité de la *custodia* en droit romain, Nancy 1926.

Paul Planté. — Les mises en jugement des fonctionnaires, Toulouse 1911.

Michel Rajon. — Responsabilité de l'administration du fait de ses agents, Lyon 1906.

Victor Renaud. — De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Paris 1923.

Lucien Rochoux. — De l'autorité militaire, Bordeaux 1896.

Louis Roger. — De la responsabilité civile de l'Etat, Montpellier 1900.

André Rouast. — Du fondement de la responsabilité des dommages causés aux personnes en matière de travaux publics, Lyon 1910.

J. C. Schmidt. — Faute civile et faute pénale, Paris 1928.

Jean Sourdois. — De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat agissant dans l'exercice de la puissance publique, Bordeaux 1908.

Teissière. — Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, Aix 1901.

Tirard. — De la responsabilité de la puissance publique, Paris 1906.

Van den Driessche. — De la faute de fonction du préposé génératrice de la responsabilité civile du commettant, Lille 1924.

Henry Vizioz. — La notion de quasi-contrat, Bordeaux 1912.

Maurice Zingher. — De la responsabilité civile du commettant, Paris 1923.

VI. — REVUES ET JOURNAUX

Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
Revue du Droit public et de la Science politique.
Revue Générale d'Administration.
Revue Générale du Droit de la Législation et de la Jurisprudence.
Rvue de Métaphysique et de Morale.
Revue Pénitentiaire.

Revue de Science et de Législation Financières.
Revue Trimestrielle de Droit Civil.

Journaux divers, et, tout particulièrement : « Le Temps ».

VII. — RECUEILS ET REPERTOIRES

Dalloz. — *Code des Lois administratives :* T. I, II, Séparation des pouvoirs. — T. III, VI, Travaux publics ; 2, Compétence ; 9, Indemnités. — T. IV, II, Comptabilité publique ; V, Responsabilité de l'Etat.

— *Jurisprudence Générale :* T. 10, 1848, V° *Compétence administrative.* — T. 12, 1851, V° *Conflits.* — T. 39, 1858, V° *Responsabilité* — T. 42 *bis*, II, 1862, V^is *Travaux publics* et *Trésor public.* — Suppl., T. 18, 1896, V° *Travaux publics.*

— *Recueil Hebdomadaire.*

— *Recueil Périodique et Critique.*

— *Répertoire Pratique.*

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Recueil Lebon : Arrêts du Conseil d'Etat.

Journal du Palais (An VIII à 1865) *Jurisprudence judiciaire.*

— *Jurisprudence administrative.*

— *Répertoire.*

Sirey. — *Recueil général des lois et arrêts.*

ADDENDA

I. — *Référence, p. 49, n.* 112 : SERVITEUR PRIVÉ, SERVITEUR PUBLIC.

Dans un tout récent article : *Fléchissement de l'Etat* (journal « Le Temps » du 27 novembre 1934), M. le professeur JOSEPH-BARTHÉLEMY rapproche expressément (alinéa 2 *in fine*), le « *serviteur privé* » et le « *serviteur public* ».

II. — *Référence, p.* 115 *et* 273 : LA THÈSE JUDICIAIRE DE 1789 *à* 1873.

L'examen de la jurisprudence du Tribunal de Cassation révolutionnaire suffirait à infirmer le grief porté contre la juridiction judiciaire d'avoir refusé de reconnaître la séparation des pouvoirs telle qu'elle a été instituée par les lois des 16-24 août 1790, titre II, art. 13, et du 16 fructidor, an III.

On peut, en effet, relever, à partir de 1792, une série de « jugements » de cette juridiction fondant expressément sur ces textes (1) l'incompétence des tribunaux judiciaires relativement à des actions en dommages-intérêts ou en restitution intentées à raison de mesures prétendues abusives d'agents administratifs (2).

Ces actions étaient, à la vérité, dirigées contre les agents eux-mêmes et non contre l'Etat. Il n'est pas moins permis d'en déduire que la juridiction judiciaire, en opérant ainsi, même avant le régime de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, témoigna, dès le principe, d'un respect assez scrupuleux de la séparation des pouvoirs pour que son opposition ultérieure à la compétence administrative en matière de responsabilité de l'Etat ne puisse être considérée comme procédant d'une hostilité contre cette règle constitutionnelle, dont elle a été la première à imposer l'application.

(1) Ou même sur l'art. 60 de la loi du 14 déc. 1789.

(2) Trib. Cass., Sect. Cass., 27 avr. 1793, *Habitants de Flaxlanden*, Dev. 1.I.16 ; 19 juill. 1793, *Naulin*, Dev. 1.I.19 ; Trib. Cass., Sect. Civ., 23 ventôse an IV, *Robin* et *Malherbe*, Dev. 1.I.49 ; Sect. Crim., 17 ventôse an VII, *Leboucher*, Dev. 1.I.179 ; 21 floréal an VII, *Rouby*, Dev. 1.I.197 ; Trib. Cass., Sect. Civ., 25 pluviôse an VIII, *Lemoine*, Dev. 1.I.300 ; Trib. Cass., Sect. Crim., 28 messidor an VIII, Dev. 1.I.343 ; Trib. Cass., Sect. Civ., 19 brumaire an XI, *Dagomet*, Dev. 1.I.718. Le jugement *Leboucher* nous a paru être *la première décision judiciaire rendue sous le double visa des lois de* 1790 *et de l'an III*, que nous avons déjà vu figurer (v. *supra*, p. 273, n° 6) dans l'arrêté directorial du 2 germinal an V,

III. — *Référence*, p. 151 : RESPONSABILITÉ DE L'ETAT EN MATIÈRE DE SAISIE PRATIQUÉE SUR L'INITIATIVE ET A LA DILIGENCE DE L'ADMINISTRATION.

Le premier des « manoirs à l'envers » rencontré sur notre route est l'extension récente de la compétence administrative à l'appréciation pécuniaire des conséquences préjudiciables d'une saisie pratiquée sur l'initiative administrative, alors que le jugement de la question préalable de la régularité même de cette saisie — donc de la décision administrative qui l'a déterminée — est attribuée sans conteste à la juridiction judiciaire. Nous avons même pu enregistrer l'empressement de la juridiction administrative à se... saisir de cette question — de pure indemnité nous le répétons.

Or, le Recueil périodique du Dalloz paru en décembre 1934 rapporte (D. P. 1934.II.87) un arrêt en date du 3 mars 1931, *Mérite*, de la Cour d'Amiens qui, sans aller jusqu'à dépister le principe même du paradoxe, n'hésite pas, du moins, à reconnaître l'application, à la compétence, de la règle « *accessorium sequitur principale* », application proclamée par les arrêts historiques précités *Dubochet* et *Dion-Lambert* (*supra*, p. 151, n. 26).

A la vérité, la légitimité de ce motif est contestée dans la savante note donnée, sous l'arrêt, par M. Marcel WALINE, pour la raison que le justiciable serait maître de la compétence selon qu'il joindrait ou dissocierait les deux actions. Mais la critique nous paraît prêter elle-même à deux objections. D'une part, en effet, elle procède de cette pétition de principe que la compétence doit être administrative en cas de dissociation : postulat en lequel nous est précisément apparu un renversement paradoxal de l'ordre rationnel. Comment la mise en cause d'un « service public » peut-elle appartenir à la compétence administrative *pour la simple appréciation pécuniaire des conséquences* du « mauvais fonctionnement du service public », alors qu'elle relève de la juridiction judiciaire pour l'appréciation, *pour la censure de ce « fonctionnement du service public » lui-même?* D'autre part, et en tout état de cause, si l'on part, au contraire, comme il nous semble qu'on le doit, de la valeur juridique et de la consécration traditionnelle du principe de l'accessoire, on en déduit que, précisément, l'affranchissement nécessaire de la compétence à l'égard de la procédure exige — la compétence étant judiciaire dans le cas de la jonction — qu'elle le soit également dans le cas de la dissociation : l'argument se retourne.

Sous le bénéfice de ces explications, l'arrêt *Mérite* nous paraît constituer un échec à la politique d'annexion de la juridiction administrative comme à la politique d'abdication de certaines juridictions judiciaires — en même temps qu'il nous permet de rendre un nouvel hommage (v. *supra*, p. 164, n. 68 et p. 380) à la jurisprudence aussi sage que ferme de la Cour d'Amiens.

IV. — *Référence*, p. 162 et s. : « LA FISSURE : ACTION PÉNALE. »

A la jurisprudence *Motsch* de la Chambre Criminelle, est encore venue, tout récemment, s'ajouter une nouvelle décision de la Cour de Nancy : 1er juin 1934, *Ville de Nancy* c. *Dame Robert*, D. H. 1934, p. 453 et Rec. Dijon-Nancy-Besançon, 1934, p. 210, avec une mise au point magistrale de la controverse en une note aussi substantielle que concise de M. Louis

TROTABAS, regrettant la dissidence, mais discutant surtout les motifs de l'arrêt.

Nous souscrivons nous-même d'autant plus volontiers à la critique formulée par l'éminent commentateur contre les deux arguments : « prépo-sition » de l'agent et « personnalité » de son fait, que, d'une part, nous nous sommes attaché (*supra*, p. 61 et p. 227, n. 24) à établir *l'identité* de la « *préposition* » et du « *service* », et que, d'autre part, nous nous sommes formellement prononcé (*supra*, p. 101 et p. 453) contre *cette flagrante atteinte à la véritable séparation des pouvoirs, que constitue la discrimination* JUDICIAIRE *entre le fait de service et le fait personnel.*

Cela dit, il nous paraît équitable d'ajouter, à la décharge de la Cour de Nancy, que, dans un cas analogue à celui de l'espèce (outil imprudemment abandonné par un employé de voirie sur la voie publique), le Tribunal des Conflits avait, dans un arrêt du 21 nov. 1898, *Féron* (D. P. 1898.III.15 ; Rec. 751), qualifié cette imprudence comme « un fait ne se rattachant par aucun lien direct à l'exécution d'un travail public » et, partant, comme « personnel ».

Enfin, ce n'est pas sans raison que nous présentions, il y a un instant, l'arrêt *Dame Robert* comme une « nouvelle décision » de la Cour de Nancy dans le sens de la jurisprudence de la Chambre Criminelle. Si l'on se souvient en effet (v. *supra*, p. 164) que c'est la Cour de Nancy qui a, comme cour de renvoi, redressé dans le sens judiciaire l'arrêt *Motsch* — capitulation de la Chambre de Metz de la Cour de Colmar dans le sens administratif — on ne saurait considérer son arrêt *Dame Robert* comme une surprise, mais il n'en est pas moins permis de l'inscrire à l'actif de la jurisprudence à laquelle nous nous sommes efforcé de justifier notre adhésion.

V. — *Références*, p. 73, n. 89 ; 254, n° 170, *in fine* ; 297, n. 89 ; 436 :

« LES DEUX TALONS D'ACHILLE » DE LA THÈSE ADMINISTRATIVE.

La thèse administrative de la responsabilité civile de l'Etat (compétence et fond) nous est apparue (*supra*, p. 73, 77) comme vulnérable en deux points fondamentaux, en la double subordination de cette responsabilité à la double condition :

— 1° présence d'une *faute*.

— 2° caractère « de service », caractère fonctionnel, caractère *non personnel*, de cette faute.

C'est ce que nous avons appelé : « les deux talons d'Achille » de la thèse administrative. Nous avons vu (*supra*, p. 89 et 374) la condition : *faute* singulièrement menacée par la théorie du « risque » et la condition : « de service » plus gravement compromise encore par la théorie du « cumul » des actions en responsabilité contre l'Etat et contre l'agent dans le cas de la faute « personnelle » de celui-ci. Mais nous avons aussi reconnu (*supra*, p. 77-87-93-373) la résistance opposée sur ces deux points par la doctrine comme par la jurisprudence administratives.

Or, un tout récent arrêt du Conseil d'Etat (29 juin 1934, *Lallement*, D. H. 1934, p. 497) dispose :

« Considérant que les conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile doivent faire admettre une présomption DE RESPONSABILITÉ à la charge

DU SERVICE PUBLIC, *du fait du conducteur* de l'automobile qui a causé l'accident...

« Considérant... que le fait que le sieur *Auger*, condamné par le tribunal correctionnel de Metz, le 30 juillet 1930, à une amende pour homicide par imprudence à raison de l'excès de vitesse dont il s'était rendu coupable, a ainsi commis une faute PERSONNELLE ne saurait faire obstacle à la condamnation de l'Etat à la réparation du préjudice causé *par le fonctionnement défectueux du service public...* »

Dans le premier de ces deux considérants, il ne s'agit plus, comme dans l'arrêt précité : Cons. d'Et., 22 déc. 1924, « *Les Travailleurs français* » (v. *supra*, n. 128 de la p. 371), d'une « présomption *de faute* à la charge *du conducteur* », mais d'une « présomption DE RESPONSABILITÉ à la charge DU SERVICE ». La présomption DE RESPONSABILITÉ détrônant la présomption *de faute*, c'est l'arrêt *Jeand'heur* (v. *supra*, *ibid.*). C'EST L'ABANDON DE LA CONDITION : FAUTE (Cf. L. JOSSERAND, *Chronique* au D. H. 1930, p. 28, IV ; H. et L. MAZEAUD, *R. C.*, I., n° 1320, p. 927 ; Note *Jeand'heur* à la Gaz. Pal., 1930.I.393). C'EST LE CONSEIL D'ETAT SE DÉCIDANT A REJOINDRE LA COUR DE CASSATION EN LA THÉORIE DU « RISQUE » : *cf. supra*, *note* 89 *de la p.* 173.

D'autre part, ce même considérant reconnaît expressément que cette *présomption de responsabilité* procède « *du fait du conducteur* », que le second considérant qualifie non moins formellement : « faute PERSONNELLE. » De la combinaison de ces deux passages, ressort l'aveu que « *le fonctionnement défectueux du service public* » déterminant la « condamnation » de l'Etat aux termes du second considérant *in fine* n'est plus la faute *vague*, *anonyme*, *mystérieuse*, D'AUTRES agents, CONCOMITANTE à la faute de l'agent en cause : CETTE PSEUDO-FAUTE, LIGNE DE REPLI DU PSEUDO-CUMUL (v. *supra*, p. 374 et note 145) — MAIS BIEN la faute DE L'AGENT EN CAUSE LUI-MÊME, faute *personnelle pure* et *exclusive de toute autre* « *contingence de service* » (v. *supra*, p. 184). Or, qu'est-ce que la mise en cause du maître du service à raison — pure et exclusive — d'une faute personnelle d'agent (laquelle *tout aussi bien en service privé qu'en service public*, constitue, AU REGARD DU TIERS VICTIME, un « fonctionnement défectueux du service »), sinon le « cumul » des actions en responsabilité contre l'Etat et contre l'agent, *à raison* de cette *seule* et *même* faute, *elle-même* ?

« RISQUE », qui supprime la raison d'être de la compétence administrative (v. *supra*, p. 87 et s., 92) — « CUMUL » qui, comme la solidarité, « attire la compétence » judiciaire (v. *supra*, p. 102) : voici donc, en une même décision du Conseil d'Etat, une double et fatale atteinte aux deux « talons » de la thèse administrative, aux deux conditions : *présence* — et *non personnalité* — de la *faute* (cf. *supra*, n. 70 *in fine* de la p. 254).

VI. — *Référence, p.* 416 : LOI DU 20 AVRIL 1832.

L'attribution au Tribunal des Conflits d'une compétence de fond n'est pas la première exploitation abusive de cette haute juridiction. Elle est venue — si l'on peut dire — compenser par une anomalie inverse, mais non moins paradoxale, la discrimination de « l'acte de gouvernement » dévolue, du moins selon la doctrine régnante, au Tribunal des Conflits, par l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 procédant d'une interprétation fallacieuse de l'art. 47 de la loi du 15 janvier 1849, et dont le contresens, adopté par LAFERRIÈRE (t. I, p. 475) saute aux yeux : v. notamment Fou-

CART (*Eléments de Droit public et administratif*, 4° éd., t. III, 1856, n° 1903, p. 678). Autant la présence des éléments judiciaires du Tribunal des Conflits se justifie lorsqu'il s'agit d'arbitrer un conflit entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, autant elle est déplacée entre la juridiction administrative et le gouvernement, alors que la question est de savoir : non plus PAR QUI un litige sera jugé (juridiction judiciaire ou administrative), mais bien SI ce litige sera jugé, ou s'il sera soustrait au Conseil d'Etat pour n'être soumis à aucun juge. *Que viennent faire les juges judiciaires en cette affaire ?* Pourquoi ne pas s'en rapporter, tout simplement, à la sage discrétion du Conseil d'Etat ? Que l'on nous permette d'évoquer en ce sens les admirables conclusions du commissaire du gouvernement FÉRON dans l'affaire Cons. d'Et., 14 août 1865, *Le Courrier du Dimanche*, D. P. 1866.III.17.

Ici encore, parasitisme du Tribunal des Conflits (3) : cf. *supra*, p. 441, n. 16.

VII — *Référence*, p. 418 : NOTE SUR LE CARACTÈRE *intuitu personae*, ET, PARTANT, IRRATIONNEL, DE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE A L'ÉGARD DE L'ETAT DÉFENDEUR EN RESPONSABILITÉ.

Notre manuscrit était livré à l'impression lorsque parut, dans le Dalloz Hebdomadaire, fascicule n° 28, du 4 octobre 1934, p. 73, la Chronique de M. le doyen Louis JOSSERAND sur : *La responsabilité envers soi-même.*

De cette analyse magistrale, nous extrayons les passages suivants :

P. 73 : « Les rôles joués par les deux parties en présence sont complémentaires et interdépendants ; si l'on blanchit l'une, on charge l'autre par cela même ; ce qui n'est pas inscrit à la colonne du « doit » de l'auteur de l'accident figurera nécessairement dans la colonne correspondante du compte de la victime. »

P. 75 : « La responsabilité se présente comme un fardeau dont il est impossible de soulager les épaules du défendeur sans les faire reposer sur celles du demandeur ; en pareille matière, rien ne se perd, de même que rien ne se crée ; le juge n'est pas un créateur ou, à l'inverse, un négateur de toute responsabilité ; il est un distributeur, un répartiteur du dommage causé ; s'il écarte la responsabilité envers autrui, il consacre du même coup la responsabilité envers soi-même. »

P. 76 : « La responsabilité sera susceptible de jouer et de se réaliser sous la forme négative du refus (nous ajouterons : comme du rejet) de toute action en réparation. »

Il nous sera permis de nous féliciter de cette haute consécration de notre propre remarque : que *le demandeur en responsabilité, c'est-à-dire en réparation du préjudice, est défendeur quant à la charge du préjudice lui-même*, remarque d'où ressort LA CONTRADICTION PARADOXALE ET RÉDHIBITOIRE D'UN SYSTÈME QUI REVENDIQUE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE A L'ÉGARD DE L'ETAT DÉFENDEUR EN RESPONSABILITÉ ENVERS AUTRUI, ALORS QU'IL S'ACCOMMODE PARFAITEMENT DE LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE A L'ÉGARD DE L'ETAT DÉFENDEUR EN RESPONSABILITÉ ENVERS SOI-MÊME.

(3) « Je ne connais pas, observe Léon DUGUIT (*Traité*, III, p. 742), un seul cas où, depuis 1872, ait été faite application de l'article 26 ».

Le succès — *accidentel*, nous le répétons une dernière fois — d'une telle offense à la nature rationnelle des choses ne nous paraît s'expliquer que par ce que l'on a pu récemment appeler : « la ruine de l'esprit critique. »

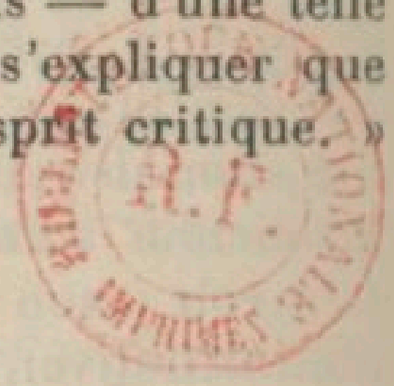


TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS 5

Abréviations 10

INTRODUCTION 11

Responsabilité et garantie en général et spécialement dans le service: privé et public

SECTION I. — Responsabilité (*lato sensu*) et préjudice. 12

SECTION II. — Distinction procédant de la relation entre le préjudice et le défendeur en responsabilité.
Préjudice impliquant — ou n'impliquant pas — une faute du défendeur : « responsabilité » (*stricto et recto sensu*) et « garantie » 15

SECTION III. — Distinction procédant de la nature du préjudice.
Préjudice, responsabilité et garantie « délictuels » ou « obligationnels » 27

SECTION IV. — Le service 42

Paragraphe I. — Le Service *in genere* 42

Paragraphe II. — Les différentes formes — et spécialement la forme publique — du Service 47

SECTION V. — Responsabilité et garantie délictuelles ou obligationnelles dans le service 50

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

PARAGRAPHE I. — Régime de réparation civile délictuelle 51

Article 1. — Nature et fondement de l'obligation de réparation délictuelle du maître du service : privé ou public 52

Article 2. — Conditions du jeu de l'obligation de réparation délictuelle du maître du service : privé ou public 60

N° 1. — Service privé 60
N° 2. — Service public 63

Article 3. — Limitations de l'obligation de réparation délictuelle du maître du service : privé ou public 64

N° 1. — Service privé 64
N° 2. — Service public 65

PARAGRAPHE II. — Régime de réparation civile obligationnelle 66

Article 1. — Nature et fondement de la responsabilité obligationnelle du maître du service : privé ou public 68

Article 2. — Conditions du jeu de la responsabilité obligationnelle du maître du service : privé ou public 70

Article 3. — Limitations de la responsabilité obligationnelle du maître du service privé ou public 71

N° 1. — Service privé 71
N° 2. — Service public 72

PARAGRAPHE III. — La doctrine jurisprudentielle administrative de la responsabilité administrative, civile, pécuniaire, de l'Etat, maître du service public .. 73

APPENDICE. — **Articulation des responsabilités civiles de l'Etat et de l'agent du service public administratif** 96

TITRE I

La préhistoire de l'arrêt « Blanco » 103

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE. — La double question — compétence et fond — de la responsabilité de la Puissance publique.
Objet et division du présent Titre 103

CHAPITRE I. — La thèse administrative de 1789 à 1873 106

SECTION I. — 1re PHASE : 1789 A 1850. — RÈGLE DE « L'ETAT DÉBITEUR » 107

SECTION II. — 2e PHASE : 1850 A 1852. — ARRÊT « MANOURY » 108

SECTION III. — 3e PHASE : 1852 A 1861. — ARRÊT « ROTHSCHILD » 110

SECTION IV. — 3e PHASE : 1861 A 1873. — ARRÊT « DEKEISTER » 113

CHAPITRE II. — La thèse judiciaire de 1789 à 1873. 115

SECTION I. — LE PRINCIPE GÉNÉRAL 115

PARAGRAPHE I. — Responsabilité obligationnelle : Arrêt *Frénoy-Tassart* 116

PARAGRAPHE II. — Responsabilité délictuelle : Arrêts *Depeyre* — *Vve Brun* — *Turck* 117

SECTION II. — LE TEMPÉRAMENT : ARRÊT « DEBAST » 121

SECTION III. — LE FLÉCHISSEMENT : ARRÊT « DE ROTROU » 122

CHAPITRE III. — L'état de la question à la veille de l'arrêt « Blanco » 124

TITRE II

L'arrêt « Blanco » et sa fortune 131

CHAPITRE I. — L'arrêt « Blanco » 132

SECTION I. — Les conclusions David 132

Paragraphe I. — Le texte 133

Paragraphe II. — Analyse et mise en forme de l'argumentation 139

SECTION II. — L'arrêt 141

Paragraphe I. — La décision et son prononcé.. 141

Paragraphe II. — L'argumentation et sa critique formelle 142

CHAPITRE II. — La fortune de l'arrêt « Blanco ».. 149

SECTION I. — L'arrêt « Blanco » et la jurisprudence 149

Paragraphe I. — La consécration 149

Article 1. — L'adhésion de la juridiction judiciaire. *La captivité de Babylone*... 150

Article 2. — L'arrêt *Feutry* 152

Paragraphe II. — La triple fissure 155

Article 1. — La fissure : « *Gestion privée* » (Conclusions *Terrier*) 156

Article 2. — La fissure : « *Action pénale* » (Arrêts *Motsch*) 162

Article 3. — La fissure : « Travaux publics » (Arrêts *Somerville* et *Devisse*) 167

Paragraphe III. — La brisure — et la réparation : L'arrêt *Dame Mélinette* et l'arrêt *Verbanck* 170

Article 1. — L'arrêt *Dame Mélinette* 170

N° 1. — L'histoire juridique de l'arrêt 170

N° 2. — Son examen 177

N° 3. — L'arrêt *Dame Mélinette* et l'arrêt *Blanco*.. 185

Article 2. — L'arrêt *Verbanck* 187

N° 1. — L'histoire juridique de l'arrêt 187

N° 2. — L'arrêt et les conclusions *Verbanck* au regard des arrêts *Blanco* et *Dame Mélinette* 189

SECTION II. — L'ARRÊT « BLANCO » ET LA DOCTRINE 195

PARAGRAPHE I. — Adhésion au motif en tant que tel et au dispositif 196

PARAGRAPHE II. — Rejet du motif en tant que tel, avec adhésion au dispositif .. 197

PARAGRAPHE III. — Rejet absolu du motif en soi, avec adhésion au dispositif .. 198

PARAGRAPHE IV. — Rejet intégral et radical de l'arrêt *Blanco* : motif et dispositif. 201

SECTION III. — L'ARRÊT « BLANCO » ET LA LOI 205

TITRE III

La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat ... 213

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE. — La thèse et sa diversité. — Objet et division du présent Titre 213

CHAPITRE I. — 1re Branche. — L'argument indirect de fond: Inapplicabilité du droit civil de la responsabilité à la responsabilité civile de l'Etat 215

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE. — Objet et division du présent Chapitre 215

SECTION I. — LES RAISONS CLASSIQUES DE L'EXCLUSION DES ARTICLES 1384 ET SUIVANTS HORS DE LA MATIÈRE : RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ETAT 216

PARAGRAPHE I. — Le point de vue pratique 216

PARAGRAPHE II. — Le point de vue juridique 219

Article 1. — Les raisons de David 219

N° 1. — Le rôle de l'Etat 220

N° 2. — Les particularités organiques des services publics 221

N° 3. — Les limitations de la responsabilité de l'Etat 222

Article 2. — Les raisons de Laferrière 224

N° 1. — L'argument exégétique 224

N° 2. — L'argument historique 225

N° 3. — L'argument organique 226

PARAGRAPHE III. — Les désaveux 230

SECTION II. — LE SIÈGE DE LA MATIÈRE 235

Article préliminaire. — Retour aux principes généraux. — Objet et division de la présente Section.. 235

PARAGRAPHE I. — Existence et qualification juridique d'un « champ obligationnel administratif » entre Etat et administrés 237

Article 1. — Son existence 237

Article 2. — Sa qualification juridique 245

PARAGRAPHE II. — Les natures de préjudices générateurs — et les régimes correspondants — de la responsabilité de l'Etat 248

Article 1. — Les natures de préjudices générateurs de la responsabilité de l'Etat. 248

Article 2. — Les régimes de la responsabilité civile de l'Etat et leurs points d'insertion dans le droit civil de la responsabilité 253

N° 1. — Le régime délictuel 253
N° 2. — Le régime contractuel 255
N° 3. — Le régime obligationnel non contractuel.. 258

PARAGRAPHE III. — Conclusion : Le siège, dans le droit civil, de la responsabilité civile de l'Etat 261

SECTION III. — LA NÉCESSITÉ — « A FORTIORI » — DE L'APPLICATION DU DROIT CIVIL 263

CHAPITRE II. — 2e Branche. — L'argument direct de compétence: Sauvegarde de l'autonomie administrative au nom du principe de la séparation des pouvoirs 272

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE. — La « séparation des pouvoirs » *secundum subjectam materiam* et le « trouble » administratif.
Objet et division du présent Chapitre 272

SECTION I. — LE PRÉTENDU « TROUBLE » MATÉRIEL ET INDIRECT DE L'ACTIVITÉ ADMINISTRATIVE. — **L'ADMINISTRATION ET L'ETAT.** 277

PARAGRAPHE I. — Les expressions impropres et fallacieuses 278

Article 1. — Il n'est pas permis de parler de : « Responsabilité pécuniaire de l'administration envers l'administré ». **L'administration n'est pas l'Etat** ... 278

N° 1. — La prétendue « responsabilité pécuniaire de l'administration envers l'administré » 279

N° 2. — **L'administration n'est pas l'Etat** 280
A) Réalité de la confusion entre l'administration et l'Etat 280
B) Vice de la confusion entre l'administration et l'Etat 283
Article 2. — La prétendue « condamnation » de l'Etat 287

PARAGRAPHE II. — Les conséquences — pour l'administration et pour l'Etat — de l'imputation au trésor public résultant d'une déclaration judiciaire de l'Etat débiteur de responsabilité 291

Article 1. — Le « trouble » fonctionnel de l'administration 292
N° 1. — Le prétendu « trouble » ne saurait être imputé à la compétence judiciaire 293
N° 2. — Le prétendu « trouble » ne saurait être qualifié tel au sens constitutionnel de la séparation des pouvoirs 296
N° 3. — Le prétendu « trouble » serait difficilement justiciable 297
N° 4. — Le prétendu « trouble » est inexistant.... 298
Article 2. — Le « trouble » financier de l'Etat. — L'intérêt supérieur de l'Etat. — L'intérêt particulier — et l'intérêt supérieur — de l'administration .. 300
N° 1. — Le principe constitutionnel « général et absolu » de l'égalité de situation de l'Etat par rapport à toutes ses juridictions 302
N° 2. — Les intérêts supérieurs de l'Etat..... 305
N° 3. — Les intérêts en jeu de l'administration .. 307

SECTION II. — LE « TROUBLE » MORAL ET DIRECT DE L'AUTONOMIE ADMINISTRATIVE 312

PARAGRAPHE I. — L'objection 312

PARAGRAPHE II. — La solution proposée : Question préjudicielle administrative.
La solution transactionnelle : Option 313

Article 1. — Le principe de la question préjudicielle administrative 314

Article 2. — Le jeu de la question préjudicielle administrative 320

N° 1. — Préjudice — et régime de responsabilité — délictuels 321

N° 2. — Préjudice — et régime de responsabilité — obligationnels non contractuels 323

N° 3. — Préjudice — et régime de responsabilité — contractuels 326

N° 4. — Cas de pleine compétence judiciaire 326

N° 5. — Cas de pleine compétence administrative.. 327

Article 3. — Conclusion — Solution — Transaction 328

CHAPITRE III. — 3e Branche. — L'argument mixte: « Néo-séparatisme » 334

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE. — Objet et division du présent Chapitre 334

SECTION I. — HISTORIQUE ET EXPOSÉ 335

PARAGRAPHE I. — La séparation politique 335

PARAGRAPHE II. — La séparation mixte 337

PARAGRAPHE III. — La séparation technique : *Néo-Séparatisme* 338

SECTION II. — EXAMEN CRITIQUE 346

PARAGRAPHE I. — L'intérêt prétendu de la justice : La spécialisation du juge administratif 346

Article 1. — L'argument jugé en soi 346

Article 2. — L'argument jugé dans son application à la matière : responsabilité civile de l'Etat 350

N° 1. — Le fondement : égalité de répartition des charges publiques (Renvoi) 351

N° 2. — La dualité des régimes de la responsabilité « extra-contractuelle » de l'Etat envers les « tiers » et les « usagers » 352

N° 3. — L'élargissement de la responsabilité extra-contractuelle (« La faute objective ») 353

N° 4. — L'appréciation des contingences circonstancielles — autres que la faute — de service 354

N° 5. — La distinction entre le « fait de service » et le « fait personnel » et le « non-cumul » des actions en responsabilité 356

N° 6. — La discontinuité de la relation entre la responsabilité de l'Etat et la faute de l'agent 361

N° 7. — La « spécialité » du préjudice..... 362

Conclusion 363

PARAGRAPHE II. — L'intérêt prétendu du justiciable : Le libéralisme du juge administratif 364

Article 1. — L'argument jugé en soi 365

Article 2. — L'argument jugé dans son application à la matière : responsabilité civile de l'Etat 369

N° 1. — L' « anonymat » de la « faute de service » et la « responsabilité directe » de l'Etat (Renvoi) 369

N° 2. — La responsabilité « pour risque » 370

N° 3. — La responsabilité « pour faute » 372

N° 4. — La théorie du « non-cumul » des actions en responsabilité contre l'Etat et contre l'agent 373

N° 5. — La renonciation à la prescription pénale. 377

N° 6. — La question du « préjudice moral » 379

N° 7. — L'évaluation du préjudice matériel 384

N° 8. — La qualité d'ayant-droit 385

N° 9. — La procédure de « renvoi au ministre ». 385
N° 10. — La manière de motiver — ou, plus exactement... de ne pas motiver 386
N° 11. — L'appréciation des faits de la cause 388
N° 12. — L'argument de jurisprudence comparée (anglo-américaine et belge) 390
Conclusion 394

CONCLUSION DU CHAPITRE 396

CHAPITRE IV. — 4e Branche. — L'argument législatif « a contrario » : La thèse de la juridiction administrative prétendue « de droit commun » 399

SECTION I. — L'ARGUMENT — COMME TOUT ARGUMENT « A CONTRARIO » — N'EST QU'UN POSTULAT DÉGUISÉ 400

SECTION II. — LE POSTULAT EST A RETOURNER : LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE N'EST PAS JURIDICTION « DE DROIT COMMUN » — MAIS BIEN JURIDICTION « EXCEPTIONNELLE » 403

APPENDICE. — **La loi du 20 avril 1932** 416

CONCLUSION ET CONSTRUCTION 425

BIBLIOGRAPHIE 462

Addenda 479

TABLE DES MATIÈRES 485

— ACHEVÉ D'IMPRIMER —
LE 15 FÉVRIER 1935 PAR
LES PRESSES MODERNES,
96, GALERIE BEAUJOLAIS,
PALAIS-ROYAL - PARIS (Ier)

Feuillet à encarter entre la page **496** et la couverture de la thèse :
L'ARRÊT BLANCO, par **Just LUCHET**, (Nancy 1935).

TABLE ALPHABÉTIQUE DES PRINCIPALES DÉCISIONS CITÉES DANS L'OUVRAGE

NOMS DES PARTIES	JURIDICTIONS	DATES	PAGES DE L'OUVRAGE
« *L'Abeille* » (*Cie d'ass.*) . .	Conseil d'Etat	18 juin 1926	*294, n. 81 ; 439.*
Adm. des P. T. T. . . .	Cass. Crim.	30 avril 1932	*165.*
Anaclet (Conclus. MARGUERIE) .	Conseil d'Etat	8 août 1884	*454.*
Anguet	Conseil d'Etat	3 février 1911	*218.*
Armand.	Cass. Crim.	7 mai 1864	*418, n. 245.*
Dme Augé-Chiquet	Conseil d'Etat	22 mai 1912	*332, n. 195 ; 377 ; 378.*
Babouet.	Conseil d'Etat	16 juillet 1914	*163, n. 67 ; 182.*
Bailly.	Trib. Confl.	17 novemb. 1917	*48, n. 108.*
Bailly-Maître	Cass. Civ.	10 janv. 1933	*209, n. 183.*
Balayn	Conseil d'Etat	15 déc. 1922	*374, n. 139 ; 376.*
Baudelet.	Conseil d'Etat	15 mars 1918	*387, n. 179.*
Vve Bauzemont	Tr. civ. Strasbourg	7 juin 1847	*118.*
Beauville	Conseil d'Etat	11 avril 1930	*151, n. 29.*
Bénédic.	Conseil d'Etat	17 janv. 1930	*257.*
Bistogne.	Cass. Civ.	24 mars 1886	*167.*
Blanco . . . . . (et Conclusions DAVID).	Trib. Confl.	8 février 1873	NOTAMMENT : *p. 38, n. 79 ; p. 128, n. 50 ; p. 132 à 271 ; 296 ; 301, n. 103 ; 321 ; 359, n. 92 ; 364 ; 395 ; 400, n. 211 ; 425 ; 433 ; 437 ; 438 ; 440 ; 451, n. 34 ; 457 ; 459 ; 460.*
Bouisson c. Desclaux . . .	Cass. Civ.	11 juin 1912	*101.*
Boyer (Héritiers).	Conseil d'Etat sur conflit	23 juin 1848	*126 ; 130, n. 53 ; 163, n. 66 ; 168 ; 171 ; 185 ; 411.*
Breuil	Conseil d'Etat sur conflit	9 déc. 1858	*128.*
Vve Brun.	Cass. Civ.	19 déc. 1854	*117 ; 119 ; 125, n. 44 ; 231.*
Bruno (Conclusions DESJARDINS)	Trib. Confl.	17 janv. 1880	*269, n. 108 ; 453, n. 43.*
Cailliau.	Tr. civ. Seine	6 déc. 1850	*118.*
—	Trib. Confl.	7 avril 1851	*109, n. 20.*
Cames	Conseil d'Etat	21 juin 1895	*16, n. 22.*
Canal lat. à la Garonne . .	Cass. Req.	5 juillet 1869	*122, n. 35.*

Noms des Parties	Juridictions	Dates	Pages de l'Ouvrage
Carcassonne.	Conseil d'Etat sur conflit	20 février 1858	*111, n. 24* ; *112, n. 26, 27.*
Chalandre.	Trib. Confl.	30 mai 1850	*127, n. 50* ; *195, n. 127* ; *231.*
Challemel-Lacour.	Dijon	24 janv. 1879	*453, n. 44.*
Chemin de fer de l'Est. . .	Conseil d'Etat	8 avril 1927	*179, n. 104* - B.
Cintrat	Conseil d'Etat	13 mai 1910	*450, n. 30.*
Clament-Zuntz.	Conseil d'État sur conflit	26 août 1835	*107.*
Clef	Conseil d'État	13 mars 1925	*276, n. 16*; *299.*
Clouzard	Conseil d'État	17 juillet 1896	*257.*
Colas (*Cuirassé « Liberté »*) .	Conseil d'État	21 mars 1920	*23, n. 38 B* ; *91* ; *371* ; *386.*
Colonie Côte d'Ivoire . . .	Trib. Confl.	22 janv. 1921	*161* ; *177*, (Conclusions Matter).
Commune d'Euguières. . .	Cass. Civ.	26 févr. 1912	*16, n. 22.*
Commune de Vic-Fezensac .	Conseil d'État	24 juill. 1931	*233-XIII* ; *353.*
Cie comm. de colonisation du Congo français. . . .	Conseil d'État	12 févr. 1909	*249, n. 65* ; *258, n. 75* ; *357, n. 86* ; *374, n. 144.*
Cie gén. des Omnibus c. Bouet et Soc. « Le Zèbre »	Cass. Civ.	8 janv. 1923	*168.*
Cotte	Conseil d'État	31 oct. 1924	*387, n. 179.*
Couitéas, ...	Conseil d'État	30 nov. 1923	*91* ; *244-XI* ; *323, n. 169* ; *325, n. 177.*
Coulon	Conseil d'État	1er mai 1925	*373, n. 133* ; *387, n. 179.*
« Courrier du Dimanche ». .	Conseil d'État	14 août 1865	*483.*
Croix de Séguey-Tivoli. .	Conseil d'État	21 déc. 1906	*242-IV* ; *244, n. 54.*
Debast	Cass. Civ.	4 déc. 1833	*121* ; *124, n. 43* ; *231* ; *319* ; *451*
Dme Debref	Trib. Conflit	15 avril 1905	*163, n. 67* ; *182* ; *436.*
Dekeister	Conseil d'État sur conflit	6 août 1861	*113* ; *125, n. 46* ; *137* ; *139* ; *402, n. 219.*
Demoreuil. . . . . (Note Louis Trotabas).	Conseil d'État	1er juill. 1927	*66, n. 161* ; *128* ; *151, n. 28* ; *379, n. 156* ; *383, n. 174* ; *417, n. 245.*
Depeyre.	Cass. Civile	1er avril 1845	*117* ; *231* ; *412.*
Dessauer (*Opéra-Comique*) .	Cass. Civ.	12 juin 1901	*161, n. 60* ; *332, n. 95.*
Devisse	Trib. Confl.	23 mai 1927	*169* ; *183.*
Deyres	Trib. Confl.	7 déc. 1899	*99.*
Dietrich.	Commiss. provis. f. f. C. E. sur confl.	21 janv. 1871	*113.*
Dion-Lambert	Trib. Confl.	30 mai 1850	*128* ; *151, n. 26* ; *480.*
de Divonne	Trib. Confl.	20 mai 1882	*125, n. 44* ; *149, n. 20* ; *196* ; *214, n. 2* ; *400, n. 212* ; *401, n. 217.*
Vve Dolé	Conseil d'État	31 janv. 1930	*207, n. 173.*
Douillet.	Conseil d'État	16 mai 1924	*445, n. 25.*

Noms des Parties	Juridictions	Dates	Pages de l'Ouvrage
Dourdent	Conseil d'État	19 mai 1922	*16, n. 19 ; 373, n. 134, 136 ; 375, n. 145.*
Dubochet	Conseil d'État sur conflit	20 avril 1847	*128 ; 151, n. 26, 29 ; 480.*
Dugave et Bransiet.	Trib. Confl.	8 févr. 1873	*88, n. 236 ; 219, n. 12 ; 226 ; 238, n. 43.*
Dupart	Conseil d'État sur conflit	8 août 1844	*108, n. 16 ; 142, n. 9 ; 260.*
Elections de Bouilh-Péreuilh	Conseil d'État	16 déc. 1908	*299, n. 97.* (Note Maurice Hauriou).
Fabrègues	Conseil d'État	23 juill. 1909	*299.*
		22 juill. 1910	(Note Maurice Hauriou).
Fabry	Trib. Confl.	24 mars 1923	*162.*
Falguière	Conseil d'État	16 mai 1902	*387, n. 180.*
Fermentel	Conseil d'État	17 juin 1918	*88, n. 236.*
Féron	Trib. Confl.	21 nov. 1898	*481.*
Feutry . . . . . (Conclusions Teissier).	Trib. Confl.	29 février 1908	*92, n. 250 ; 149 ; 152 à 155 ; 171 ; n. 85 ; 174 ; 175 ; 186 ; 193, n. 124 ; 212, n. 1 ; 276 ; 321 , 336, n. 10 ; 361, n. 100 ; 365 ; 422.*
De Fonscolombe	Trib. Confl.	11 avril 1908	*152, n. 34.*
Fournier (Epoux)	Cass. Civ.	28 janv. 1902	*318, n. 155 ; 324, n. 171.*
Frénoy Tassart.	Amiens	26 août 1831	
—	Cass. Req.	27 juin 1832	*116 ; 412.*
Garcin . . . . . (Note Roger Bonnard).	Conseil d'État	23 janv. 1931	*76, n. 199 ; 104, n. 5 ; 147, n. 17 ; 219, n. 13 ; 222 ; 234-XIV ; 292, n. 78 ; 293, n. 80 ; 298, n. 93 ; 301, n. 104 ; 325, n. 178 ; 348, n. 54.*
Gaz de Beauvais.	Conseil d'État	25 janv. 1929	*91.*
Gazil.	Conseil d'État	22 nov. 1918	*374, n. 139.*
Dlle Gilet.	Conseil d'État	7 mars 1919	*374, n. 139.*
Gilquin.	Crim.	1er août 1837	*169, n. 81.*
Gloxin	Conseil d'État sur conflit	6 déc. 1855	*111, n. 24.*
Godart	Trib. Confl.	7 juin 1873	*37 ; 99 ; 249, n. 65 ; 417, n. 245 ; 435 ; 450.*

Noms des Parties	Juridictions	Dates	Pages de l'Ouvrage
Gounouilhou	Trib. Confl.	24 nov. 1877	*454.*
Granits porphyroïdes des Vosges	Conseil d'État	31 juill. 1912	*159.* (Conclusions Blum).
Grimaud . . . . . (Conclusions Rivet).	Conseil d'État	20 mars 1926	*41, n. 85 ; 51, n. 115 ; 72, n. 187 ; 89 ; 194, n. 126-III ; 243-IX ; 252, n. 69 ; 325, n. 178 ; 353 ; 430.*
Grossmann	Conseil d'État	6 mai 1932	*91 ; 228, n. 27.*
Guinot (Epoux)	Conseil d'État	25 juill. 1919	*379 ; 382, n. 166 ; 384.*
Guy	Cass. Crim.	16 avril 1836	*169, n. 81 ; 454, n. 46.*
Habitants de Flaxlanden . .	Tribunal Cassation Section Cassation	27 avril 1793	*479, n. 2.*
Hautefeuille	Conseil d'État	27 oct. 1922	*48.*
Hévin	Trib. Confl.	8 juin 1907	*99.*
Hospices civils de Reims . .	Cass. Civile	30 déc. 1930	*165 ; 238, n. 41.*
Hospices de Montpellier . .	Cass. Civile	28 mars 1934	*166, n. 74 ; 252, n. 68.*
Jeand'heur	Cour de Cassation Chambres réunies	13 février 1930	*16, n. 20 ; 173, n. 89 ; 267, n. 9 5° ; 348 ; 371 ; 428 ; 482.*
Jouillié	Trib. Confl.	23 mai 1908	*152, n. 34.*
Kuhn	Conseil d'État	29 janv. 1932	*162 ; 181, n. 104.*
Lalanne	Trib. Confl.	1er août 1885	*99.*
Lallement	Conseil d'État	29 juin 1934	*481.*
Lamiable	Conseil d'État	30 juin 1922	*242, n. 53 ; 244, n. 54 ; 246.*
Larre-Brusset	Cassation Civile	4 avril 1876	*150.*
Larroque	Conseil d'État	8 juill. 1932	*151, n. 29.*
Laumonnier-Carriol . . .	Trib. Confl.	5 mai 1877	*98, 99.*
Laurent et Laurain	Conseil d'État	2 août 1838	*169, n. 81 ; 454, n. 46.*
Lavigerie	Trib. Confl.	20 mai 1850	*109, n. 20.*
Leboucher	Tribunal Cassation Section Criminelle	17 ventôse an VII	*479, n. 2.*
Leclerc	Trib. Confl.	28 nov. 1850	*109, n. 20.*
Legat	Trib. civ. de la Seine	2 oct. 1846	*118.*
Le Glohaec	Conseil d'État	7 juill. 1922	*455.*
Vve Lemetti	Trib. Confl.	26 mai 1924	*163 ; 166 ; 182 ; 365.*

Noms des Parties	Juridictions	Dates	Pages de l'Ouvrage
Lemonnier.	Conseil d'État	26 juill. 1918	*375, n. 145 ; 419, n. 248 ; 445, n. 25.*
Lempereur.	Conseil d'État	6 mai 1918	*88, n. 236.*
Lepreux.	Conseil d'État	31 janv. 1899	*16, n. 22 ; 242, n. 53 ; 244, n. 54 ; 388, n. 183 ; 392.*
Letellier.	Trib. Confl.	17 juill. 1850	*109, n. 20.*
Linas.	Trib. Confl.	30 mai 1884	*161, n. 60 ; 332, n. 195.*
Lorin.	Conseil d'État	17 juill. 1931	*151, n. 29.*
Lussagnet.	Conseil d'État	16 mai 1930	*253, n. 69 ; 356, n. 81.*
Mabille.	Conseil d'État	9 fév. 1934	*187, n. 115 ; 191 ; 194, n. 126.* (Note Latournerie).
Manoury	Trib. Confl.	20 mai 1850	*108 ; 125, n. 46 ; 127 ; 128, n. 50 ; 144, n. 13 ; 155, n. 42 ; 231 ; 315 ; 320, n. 158 ; 411.*
Manquest	Conseil d'État	22 juill. 1923	*374, n. 139 ; 387, n. 180.*
Dme Mélinette. . . . . (Conclusions Rouchon-Mazerat).	Trib. Confl.	11 juill. 1933	*126 ; 128, n. 51 ; 144, n. 11 ; 166 ; 167 ; 169 ; 170 à 195 ; 252 ; 296 ; 321 ; 365 ; 461.* (Notes Jèze, Alibert, Houel, Blaevoet).
Mérite	Amiens	3 mars 1931	*480.*
Mersanne.	Conseil d'État	29 mars 1901	*372, n. 131 ; 373, n. 137.*
de Mestral	Conseil d'État	3 juill. 1925	*160 et 161, n. 59 ; 255, n. 77.* (Note Louis Trotabas).
Messageries Maritimes . .	Conseil d'État	11 mars 1925	*257.*
Mesureur et Assist. Publ.	Cass. Criminelle	23 janv. 1914	*163, n. 66.*
Général Meyère	Cass. Req.	3 juin 1872	*451.* (Note Cazalens).
Lieutenant Morin	Conseil d'État	29 oct. 1926	*445, n. 25 ; 456, n. 58.*
Morizot.	Trib. Confl.	2 juin 1908	*102.*
Motsch	Cass. Criminelle	28 mai 1930	*16 ; 166 ; 167 ; 461 ; 480 ; 481.*
—	Nancy	20 nov. 1931	(Notes Roger Bonnard et Jean Appleton)
Vve Muretin.	Grenoble	13 mars 1834	*117, n. 33 ; 149, n. 20 ; 412.*
Naulin	Trib. Cassation, Section Cassation	19 juill. 1793	*273, n. 6 ; 479, n. 2.*
Neveu.	Conseil d'État	5 août 1913	*207, n. 173.*
Normandin	Cass. Req.	22 nov. 1848	*117, n. 33 ; 412.*
Olivier-Zimmermann . . .	Conseil d'État	27 février 1903	Voir *Zimmermann.*

Noms des Parties	Juridictions	Dates	Pages de l'Ouvrage
Vve de Panat	Tr. civ. de Toulouse	8 juill. 1867	*118.*
—	Conseil d'État sur conflit	4 déc. 1867	*111, n. 24 ; 112.*
Vve Paul.	Cass. Req.	30 janv. 1833	*149, n. 20 ; 412.*
Pelletier.	Trib. Confl.	30 juill. 1873	*68, n. 171 ; 98 ; 99 ; 132 ; 436, n. 9 ; 441 ; 451, n. 34 ; 454 ; 457.*
Peltier	Cass. Civile	30 déc. 1873	*150.*
Pensa.	Conseil d'État	21 juin 1859	*125, n. 47.*
Vve Pentier.	Cass. Criminelle	30 mars 1933	*165.*
Abbé Perpère	Conseil d'État	12 juill. 1912	*379, n. 156.*
Perregaux.	Conseil d'État sur conflit	10 mars 1853	*110.*
Dme Pétenin.	Trib. civ. d'Arras	25 juin 1930	*207, n. 173.*
Poursines.	Conseil d'État	28 mars 1924	*52, n. 117 ; 445, n. 25.*
Provost	Trib. Confl.	2 mai 1914	*163, n. 67 ; 182.*
Quénot (Epoux)	Conseil d'État	24 mars 1916	*379 ; 384.*
Ramel	Trib. Confl.	29 mai 1875	*149, n. 20 ; 400, n. 212.*
Rapin	Conseil d'État	9 nov. 1928	*374, n. 144 ; 375, n. 145.* (Note Jean Appleton).
Raymond	Conseil d'État	8 févr. 1924	*385 ; 445, n. 25.*
Regnault-Desroziers. . . .	Conseil d'État	28 mars 1919	*17, n. 24 ; 22, n. 34 ; 23, n. 38 ; 92 ; 371.*
Renaux.	Trib. Confl.	31 juill. 1875	*149, n. 20 ; 401, n. 213.*
Rimbaud	Trib. Confl.	4 juill. 1874	*99 ; 249, n. 65.*
Dme Robert (Ville de Nancy contre)	Nancy	1er juin 1934	*480* (Note Louis Trotabas).
Rosay. . . . . . (Loi du 20 Avril 1932).	Trib. Confl.	8 mai 1933	*287, n. 57 ; 308, n. 123 ; 389 ; 418 ; 419 ; 422 ; 436 ; 438.*
Rossignol	Riom	12 janv. 1880	*150, n. 21 ; 276.*
Rothschild.	Conseil d'État sur conflit	6 déc. 1855	*110 à 113 ; 124, n. 43 ; 125, n. 46 ; 128, n. 50 ; 142 ; 143 ; 155, n. 42 ; 222 ; 231 ; 238, n. 41 ; 242 ; 417, n. 245.*
de Rotrou.	Cass. Civile	3 juin 1840	*110, n. 23 ; 122 ; 133 ; 314, n. 42.*
Rouault.	Conseil d'État sur conflit	25 févr. 1864	*129.*
Rougier.	Trib. Confl.	23 avril 1851	*127 ; 327.*

Noms des Parties	Juridictions	Dates	Pages de l'Ouvrage
Sauvaire-Barthélemy . . .	Conseil d'État sur conflit	2 déc. 1829	*257.*
Schumann et Lenglumé . .	Cass. Civile	29 févr. 1836	*117, n. 33.*
Dme et Dlle Selliès	Conseil d'État	11 mars 1921	*373, n. 135.*
Septfonds	Trib. Confl.	16 juin 1923	*316, n. 146 ; 326, n. 183.*
« *Le Soleil* » (*Cie d'assur.*).	Trib. Confl.	4 juin 1910	*159.* (Conclusions Feilloley).
Somerville (*Cie des Tramways de Nice c.*). . . .	Cass. Civile	27 nov. 1918	*25, n. 41 ; 156, n. 43 ; 167 ; 332, n. 195 ; 433, n. 6.* (Note Achille Mestre).
Vve Sureau	Trib. Confl.	2 mars 1906	*99.*
Terrier	Conseil d'État	6 févr. 1903	*159.* (Conclusions Romieu).
Théroud.	Conseil d'État	4 mars 1910	*159.*
Thévenet	Conseil d'État	23 juin 1916	*102.* (Conclusions Corneille).
Thomassin.	Trib. Confl.	3 avril 1850	*327 ; 400, n. 211.*
Tomaso Greco. . . . . . (Conclusions Romieu et Note Maurice Hauriou).	Conseil d'État	10 févr. 1905	*16, n. 19, n. 22 ; 55, n. 127 ; 88, n. 233 ; 388, n. 183 ; 392 ; 395, n. 199.*
Tramways de Nice c. *Somerville.*	Cass. Civile	27. nov. 1918	Voir *Somerville.*
« *Les Travailleurs français* » (*Sté d'assur. mutuelle*). .	Conseil d'État	22 déc. 1924	*266, n. 99 ; 371, n. 128 ; 482.*
Tubeuf	Trib. Confl.	18 févr. 1893	*361, n. 100.*
Turck	Colmar	25 janv. 1848	*119 ; 231 ; 323, n. 166.*
Vallet.	Trib. civil Seine	16 août 1845	*117, n. 33 ; 412.*
Vandermarcq.	Cass. Req.	12 mai 1851	*117, n. 33 ; 412.*
Van Rysselberg	Conseil d'État sur conflit	15 avril 1868	*156, n. 43.* (Conclusions Aucoc).
Vauriot.	Conseil d'État	8 mars 1907	*387.*
—	Trib. Confl.	7 déc. 1907	*387.*
Verbanck . . . . . (Conclusion Rouchon-Mazerat et Note Marcel Waline).	Trib. Confl.	27 nov. 1933	*176 ; 185 ; 186 ; 187 à 195 ; 438.*
Ville de Boulogne sur mer .	Cass. Civile	3 avril 1905	*152 ; 368, n. 122.*
Ville de Nancy c. *Dme Robert.*	Nancy	1er juin 1934	Voir *Dme Robert.*
Ville de Paris c. *Bouchet* .	Cass. Criminelle	16 mars 1923	*163.*
De Villesbrunne	Conseil d'État	9 mars 1923	*16, n. 19.*
Vincent.	Conseil d'État sur conflit	7 mai 1862	*111, n. 24 ; 142.*
Vion et fils	Amiens	8 mars 1916	*164, n. 68.*
—	Trib. Confl.	29 juill. 1916	*164, n. 68.*

Noms des Parties	Juridictions	Dates	Pages de l'Ouvrage
Walther.	Conseil d'État	24 déc. 1926	*325, n. 176.*
Zimmermann (Olivier-) . .	Conseil d'État	27 févr. 1903	*286, n. 50* ; *296, n. 87* ; *309 n. 124* (Note Maurice Hauriou)

DÉCISIONS NON DÉSIGNÉES PAR LES NOMS DES PARTIES ET RELEVÉES CI-APRÈS DANS L'ORDRE CHRONOLOGIQUE

—	Arrêté Directorial	2 germinal an V	*273, n. 6* ; *479, n. 2* .
—	Pau	28 déc. 1891	*68* ; *98* ; *100* (Note Léon Michoud).
—	Cass. Civile	11 juin 1896	*370.*
—	Nancy	20 janv. 1919	*417, n. 245.*
—	Tr. civ. St-Étienne	31 janv. 1923	*61, n. 151* ; *62, n. 152.*
—	Cass. civile	30 mars 1926	*450.* (Note Jean Appleton).
—	Paris	2 juin 1931	*419, n. 248.*
—	Cass. Civile	21 oct. 1931	*419, n. 248.*

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

Feuillet à encarter entre la page **10** et la page **11** de la thèse :
L'ARRÊT BLANCO, par **Just LUCHET,** (Nancy 1935).

ERRATA

Page 10, ABRÉVIATIONS, ligne 20, *ajouter :* et 2e édition, 3 vol., 1934.
Page 11, note 1, ligne 3, *au lieu de :* athmosphère, *lire :* atmosphère.
Page 16, note 21, ligne 3, après la parenthèse, *ajouter une virgule.*
Page 38, note 79, avant-dernière ligne, *ouvrir les guillemets avant* entre.
Page 62, ligne 9, *entre* existence *et* du, *ajouter une virgule.*
Page 65, ligne 18, *après* préposé, *fermer les guillemets.*
Page 102, dernière ligne, *au lieu de :* vol., *lire :* col. (colonne).
Page 104, note 6, *après :* (Bucarest), *remplacer la virgule par un point et rayer la suite de la phrase jusqu'au mot :* spécial *inclus.*
Page 111, ligne 2, *au lieu de :* Première, *lire :* Deuxième.
Page 117, ligne 4 (2e ligne du titre), *au lieu de :* Debeyre, *lire :* Depeyre.
Page 169, note 81, ligne 6, *après* 313, *fermer la parenthèse.*
Page 179, note 104, terminer le paragraphe B *en fermant les guillemets.*
Page 191, ligne 1, *au lieu de :* ses, *lire :* ces.
Page 199, note 145, *ajouter :* et 3e éd., t. I, 1927, § 64, p. 680 et s.
Page 229, note 30, ligne 3, *au lieu de :* 1382, *lire :* 1384
Page 237, note 33, ligne 1, *terminer la ligne par un trait d'union.*
Page 266, note 99, ligne 1, *au lieu de :* l'arrêt, *lire :* la décision.
Page 273, note 6, ligne 3, *entre* 1790 *et* an III, *ajouter un tiret.*
Page 275, ligne 20, *au lieu de :* le second, *lire :* la seconde.
Page 293, ligne 10, *après* non-sens, *ajouter une virgule.*
Page 318, ligne 10, *avant* Il convient, *ouvrir les guillemets.*
Page 319, ligne 19, *mettre* moral *entre deux virgules.*
Page 321, ligne 4, *les deux mots* soit simples *doivent être en italiques.*
Page 328, ligne 15, *après* lui, *ajouter* (190), *et le rayer* à la ligne 20.
Page 330, ligne 13, *au lieu de :* Pour, *lire :* Poser.
Page 331, note 194, ligne 5, phrase tronquée, à rétablir ainsi : « L'intérêt de « la défense, le devoir du juge, l'éclat du procès... les réquisitions « du ministère public, l'inévitable nullité des procédures et,... »
Page 424, ligne 8, *après* l'alarme, *ajouter une virgule.*
Page 441, note 13, *au lieu de :* p. 101, *lire :* p. 99.
Page 482, ADDENDUM VI, *au lieu de :* 1832, *lire :* 1932.
Page 180, note 104, ligne 19, *au lieu de :* août, *lire :* juillet.

R. F. IMPRIMÉS