

58.989/4
BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

Fondée par

Marcel WALINE †

Professeur honoraire à l'Université de droit,
d'économie et de sciences sociales de Paris,
Membre de l'Institut.

Dirigée par

Georges VEDEL

Doyen honoraire de la Faculté de droit
et de sciences économiques de Paris.

TOME CXLVI

NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE

PAR

Etienne PICARD

Professeur à l'Université de Rouen

Préface de

Roland DRAGO

Professeur à l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences Sociales
(Paris II)

Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère de
l'Education Nationale et couronné par l'Université de
Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris.

(Prix de thèse 1978)

PARIS

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

100 rue Soufflot - 75005

BIBLIOTHEQUE CUJAS



D

060 353197 6

1984

PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITÉ DE ROUEN

Tome I



Préface

On demeure confondu quand on mesure le capital de science, d'intelligence et de méthode enfermé dans la thèse de doctorat d'Etienne Picard. Qu'un jeune professeur, au début de sa carrière, ait pu entreprendre et réaliser une œuvre dont beaucoup se satisferaient comme couronnement d'une vie d'études, provoque l'admiration. Et qu'on ne pense pas qu'il y ait eu une quelconque présomption dans cette entreprise. Celui qui a dirigé les recherches d'Etienne Picard peut témoigner de sa modestie, de son souci du travail bien fait et de son esprit scientifique. Mais le résultat est éloquent.

C'est un véritable « Traité de police », pour reprendre le titre du livre publié au XVIII^e siècle par Nicolas de la Mare. C'est la suite et le complément de la thèse, si justement admirée, que Pierre-Henri Teitgen avait soutenue en 1934. Voici que, cinquante années plus tard, le flambeau est repris et avec la même maîtrise.

Certes, d'autres travaux de qualité ont été publiés dans la période contemporaine. Chacun d'eux a ses caractéristiques, mais le livre d'Etienne Picard a l'avantage de réaliser une synthèse de connaissances et de réflexions. La culture juridique portée à ce point suscite l'admiration et presque l'envie.

Pourtant, on n'aborde pas l'étude de la police administrative sans réticence. Cette notion provoque, selon l'expression de Jean-Marie Auby citée par l'auteur « un sentiment plus ou moins conscient de suspicion et de méfiance à l'égard d'une des activités des plus contraignantes de la puissance publique, une de celles sur lesquelles l'emprise de la légalité s'est établie le plus difficilement ». Mais c'est aussi, justement, la raison pour laquelle on veut, en quelque sorte, « forcer le destin » et atteindre l'essence d'une notion qui semble tellement résister à l'analyse.

Le code civil parle des « lois de police » et Hauriou (dont la pensée a très profondément imprégné l'auteur de ce livre) emploie l'expression si juste de « droits de police ». Si le sens du mot a changé

depuis la fin de l'Ancien Régime, c'est peut-être parce que les fonctions de l'Etat ont augmenté, mais c'est surtout parce que cette notion intervient dans un contexte nouveau, celui qui reconnaît des droits aux citoyens. « L'exercice des droits naturels de chaque homme, dit la Déclaration de 1789, n'a de bornes que celles qu'assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». Toute la police est là. Mais l'article 4 ajoute aussitôt : « Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » Comment alors pouvoir parler de police administrative ? C'est parce que la police issue de la loi deviendrait une police générale. Car il suffit de rappeler à ce propos la très belle page de Chateaubriand au chapitre xxx de la Monarchie selon la Charte : « La police générale est une police politique ; elle tend à étouffer l'opinion ou à l'altérer ; elle frappe au cœur le gouvernement représentatif. Inconnue sous l'ancien régime, incompatible avec le nouveau, c'est un monstre né dans la fange révolutionnaire de l'accouplement de l'anarchie et du despotisme ». On peut, on doit donc dire de la police ce que Balzac disait de l'administration : « Tout y est local. »

Ces réflexions sont au cœur de la recherche qu'a menée Etienne Picard. La police est une « fonction institutionnelle » et une « fonction disciplinaire de l'ordre libéral ». Ce passage qui figure en tête de la seconde partie constitue, selon nous, le sommet de l'ouvrage. Les deux grandes parties sont intitulées « Phénoménologie de la police administrative » et « Ontologie de la police administrative ». Par là, l'auteur a voulu étudier d'abord les fonctions et les compétences, ensuite le contenu assorti d'une réflexion philosophique dont on vient de dire l'importance.

L'influence d'Hauriou n'a pas conduit Etienne Picard à aborder directement la « police des services » et c'est heureux. Hauriou avait, comme la plupart des auteurs de son temps, une vision extensive de la police parce qu'il n'arrivait pas complètement à oublier le passé. Etienne Picard, tout en se laissant imprégner d'une pensée dont on mesurera toujours la force, a une vision plus technique et plus exacte. On signalera deux passages qui tranchent, de façon définitive selon nous, certains problèmes épineux. D'abord le chapitre qui, dans la 1^{re} partie, aborde le problème des relations entre la police administrative et les sanctions administratives. L'analyse de la jurisprudence, les critiques, relatives à l'exclusion des droits de la défense à partir d'arrêts flous et contradictoires, les solutions proposées, emportent la conviction.

L'autre passage est, dans la seconde partie, le chapitre consacré aux compétences en matière d'ordre public et spécialement aux concours de police (ou de polices). La question est présentée avec

une clarté et un sens de la typologie qui remplit l'esprit de satisfaction et permet de comprendre toutes les solutions intervenues.

Les qualités d'une thèse se reconnaissent, avant tout, à sa faculté créatrice. C'est la disputatio et le livre d'Etienne Picard est une thèse dans le sens plein du mot car il présente une théorie de la police qu'on peut croire définitive pour longtemps. Mais il est quelquefois attristant de constater qu'un travail, si profond soit-il, ira dormir sur des rayons pour n'être réveillé que par quelques rares théoriciens. Or, la thèse d'Etienne Picard a un autre avantage. Elle est si extraordinairement informée qu'elle doit devenir d'un usage courant pour des praticiens qui y trouveront toujours les solutions adaptées aux cas qu'ils étudient.

Allier la force des idées et toutes les virtualités d'utilisation pratique est une qualité rare. Le livre d'Etienne Picard la possède et il suffit à donner la foi dans la valeur des études juridiques selon la plus belle tradition des universités françaises.

Roland DRAGO

Professeur à l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences Sociales de Paris.

CHAPITRE INTRODUCTIF

1. — La police apparaît tout entière placée sous le signe de l'ambiguïté et du paradoxe : ambiguïté parce que le mot lui-même, qui se situe à la croisée de toutes les évolutions fondamentales de notre droit public, a subi un certain nombre de glissements sémantiques qui en font aujourd'hui « l'un des plus généraux »¹, l'un des plus « vagues »² mais aussi l'un des plus « riches »³ de notre langue juridique ; paradoxe parce que, si « les matières de police sont fertiles »⁴, elles restent encore largement « inexplorées »⁴.

Il ne suffit pas qu'une notion soit fertile et inexplorée pour qu'on se lance à sa découverte sans autres précautions : pourquoi ce paradoxe, pourquoi cette ambiguïté ? Ne recèlent-ils pas un obstacle insurmontable pour une telle entreprise ? Et tout d'abord ne s'expliquent-ils pas l'un par l'autre ?

La fertilité des matières de police n'est-elle pas due à la circonstance que l'on ne soit pas tellement attaché à démonter le processus de ces glissements sémantiques ? Bien souvent, en effet, les difficultés et les discussions proviennent tout simplement d'un malentendu sur le sens des mots. Dans ces conditions, la richesse du mot « police » ne serait qu'une source de confusions et, loin d'encourager à la recherche, elle expliquerait « l'abstention doctrinale »⁵ à son égard, tout comme celle-ci serait en retour responsable, au moins en partie, de ces confusions...

Passer ainsi d'un paradoxe à un cercle vicieux n'incite guère davantage à l'entreprise. Il faut donc dépasser le premier et sortir du second en répondant à trois questions : la recherche présente-t-elle un intérêt (Section I) ? La notion de police administrative est-elle utile (Section II) ? La découverte de son essence est-elle possible (Section III) ?

¹ G. VEDEL, *Droit administratif*, P.U.F., Coll. Thémis, 5^e éd. 1973, p. 779.

² J. LAFERRIERE, *Le droit de propriété et le pouvoir de police*, thèse, Paris, 1908, p. 22.

³ F.P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, § 1350, p. 739.

⁴ M. HAURIU, note sous C.E., 4 février 1899, *affaire T...*, et 18 mars 1898, *Nonalhier* (ou *Noualhier*), S. 1899, III, p. 1.

⁵ J.M. AUBY, préface à la thèse de M. J. CASTAGNÉ, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, L.G.D.J., 1964, Bib. Dr. Pub., T. 57.

SECTION I

LA RECHERCHE PRÉSENTE-T-ELLE UN INTÉRÊT ?

L'indétermination dont souffre le sens du mot « police » (§ 1), l'importance que revêt la police dans notre vie et notre système juridiques (§ 2) et l'abstention doctrinale à son égard (§ 3) répondent positivement à la question posée.

§ 1. L'INDÉTERMINATION DU SENS DU MOT « POLICE »

2. — Cette indétermination provient d'abord du fait que le mot, contrairement à la plupart des termes juridiques, se rencontre aussi dans la langue des historiens, des moralistes et aussi de l'homme de la rue. Tous apportent cependant au juriste le secours de l'étymologie, de la philosophie et de la sémantique.

Le mot, qui s'écrivait « policie » ou « pollice » dans l'ancien français¹, vient du latin (« politia ») qui l'avait pris au grec (« politia »). Il est donc lié, comme le terme « politique », au substantif « polis », lequel se traduit par « cité » ou « Etat », aux sens bien sûr dans lesquels l'antiquité grecque les entendait. Montesquieu nous rapporte que, à cette dernière époque, il s'appliquait plus précisément à la forme constitutionnelle et politique des Etats pratiquant la séparation des pouvoirs². L'indétermination du sens du mot sous l'Ancien Régime semble pouvoir s'éclaircir par son axiologie : dans la langue littéraire, il évoque souvent une valeur positive, un élément mélioratif de l'organisation sociale et politique, comme en témoignent le verbe « policer »³, un peu vieilli et qui n'a pas d'emploi dans la langue juridique, ou l'expression « faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police » que l'on trouve par contre dans les textes de la Révolution et même encore de nos jours dans le Code des communes⁴, ou encore le vieux proverbe : « bonne police

¹ Voir le Dictionnaire « Robert », V° Police.

² « Les Grecs n'imaginèrent point la vraie distribution des trois pouvoirs dans le Gouvernement d'un seul : ils ne l'imaginèrent que dans le gouvernement de plusieurs et ils appelèrent cette sorte de constitution "police" ». *Esprit des lois*, XI, II cité par « Robert », *ibidem*.

³ Le dictionnaire *Littre* cite LA BOÉTIE évoquant « Lycurge, le policier de Sparte » ; V. aussi MONTAIGNE : « Les républiques se sont maintenues dans un Etat réglé et bien policé » ; FÉNELON : « Un roi sans expérience dans la guerre mais impropre à policer sagement les peuples dans la paix » ; MASSILLON : « Des peuples sauvages qui vivaient sans loi, sans police ».

⁴ Décret du 14 décembre 1789 (art. 50 *in fine*) relatif aux municipalités et art. L. 181-39, al. 1^{er}, relatif à la police municipale dans les communes des départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin.

CHAPITRE INTRODUCTIF

17

est cause d'abondance ». C'est pourquoi, comme le relève M. Waline, le mot « police » a pu, au XVIII^e siècle, s'étendre à la notion même de droit comme substitut à l'arbitraire⁵. Mais, paradoxalement, l'expression « Etat policé » ne correspondait absolument pas à celle du XIX^e siècle « Etat de police » — traduite de l'allemand « Polizei-staat » — qui s'oppose justement à « Etat de droit ». En outre, au XVIII^e siècle, le mot avait déjà un sens relativement péjoratif et tout à fait différent des premières acceptions mentionnées : Montesquieu se plaignait ainsi de ce qu'un certain texte « confond[ait] toutes les idées, faisant un crime d'Etat de ce qui n'[était] qu'une violation de police » ; dans le même sens, il estimait que « les matières de police sont des choses de chaque instant et [qu']il ne s'agit ordinairement que de peu : il ne faut donc guère de formalités »⁶. Par la suite, le sens du mot n'a cessé de se restreindre pour désigner, dans la langue ordinaire, soit l'idée de commandement ou de discipline⁷, soit les forces de police.

Chez les juristes, le mot est encore plus vague, quoique inscrit dans des limites plus techniques. Cela tient à la variété des objets auxquels il s'applique (A), à la multitude des qualifications dont il peut être affecté (B), à la diversité des types de sens dans lesquels il peut être utilisé (C).

A. LA VARIÉTÉ DES OBJETS AUXQUELS S'APPLIQUE LE MOT « POLICE »

Un très grand nombre d'entités juridiques peuvent voir leur sens précisé par l'expression « de police ». Leur recension rapide forme un ensemble très hétéroclite. On peut néanmoins tenter de les classer en trois catégories selon qu'elles constituent des institutions ou des personnes, des activités ou des pouvoirs, des normes ou des textes.

3. — 1. Si la formule « forces de police » est assez claire, celle de « service de police » s'avère particulièrement équivoque : au pluriel, cette dernière désigne plutôt les institutions animant les personnels ou les forces de police ainsi que les moyens matériels dont elles peuvent disposer ; cet objet d'étude ne nous intéresse pas directement mais il convient de ne pas l'écarter trop rapidement de notre champ d'investigation puisque ces services de police participent naturellement à la police ; au singulier, « le service de police » ou le « service public de la police » évoque, quant à lui, soit l'activité

⁵ *Traité de Droit administratif*, § 1070, p. 637.

⁶ *Esprit des lois*, XX, 14 et XXVII, 24, cité par *Littre*, V° Police. Voir aussi ROUSSEAU : « Tout cela n'était qu'une maxime de police sociale » (*ibidem*). Pour M. HAURIU également le terme évoque « le provisoire, le révocable, le viager » (*Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 460 et s.).

⁷ Voir LARBAUD : « Ce troupeau était arrivé à faire lui-même sa police » (cité par « Robert », *ibidem*).

matérielle de ces institutions, soit l'activité juridique des autorités de police, soit l'ensemble de ces deux types d'activités⁸.

A côté de ces locutions, il en existe une autre dont le sens apparaît bien différent, celle de « service public à but de police ». Ici, l'expression « de police » qualifie des services publics, en général communaux, dont le but est de protéger ou de promouvoir, au moyen de certaines prestations, un certain état de salubrité, de santé ou de sécurité publiques⁹. Curieusement, certains services publics qui visent pourtant un but de santé publique, comme les hôpitaux, ne sont généralement pas présentés comme étant « à but de police »¹⁰.

Dans un tout autre ordre d'idée, le mot s'applique à un certain type d'Etat, « l'Etat de police », dont on a vu qu'il s'opposait à « l'Etat de droit », lequel n'exclut cependant pas l'exercice en son sein de la police¹¹.

Le terme identifie enfin un certain nombre d'autorités, les « autorités de police », qui se distinguent des forces ou du « personnel de police » : celles-ci, à la différence de celles-là, n'édictent pas ordinairement de normes de police.

4. — 2. Ces autorités disposent donc, selon la doctrine, soit de « prérogatives de police », soit plus généralement de « compétences de police » ou de « pouvoirs de police ». Il semble cependant qu'il ne faille pas assimiler ces deux dernières notions car toutes les autorités compétentes en matière de police ne disposent pas des mêmes pouvoirs. Par ailleurs certaines autorités, comme les présidents d'université, paraissent avoir reçu des pouvoirs de police — en tous cas des pouvoirs de maintien de l'ordre¹² — sans être habituellement citées parmi les autorités de police.

Selon les auteurs, ces dernières exercent indifféremment « un droit de police »¹³, des « droits de police »¹⁴, une « activité de police »¹⁵, ou encore une « fonction de police »¹⁶.

⁸ V. par ex. L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e éd., T. 2, 1923, p. 58 et s., ou J. RIVERO, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 5^e éd., p. 384, § 433.

⁹ Utilisée surtout à propos des services de bains et douches ou des lavoirs municipaux, l'expression a été aussi évoquée à propos des services d'annonces des crues ; V. p. ex. la note de M. HAURIU sous l'arrêt *Tomaso Grecco* (S. 1905, III, p. 113 et s.) à propos de l'arrêt C.E., 13 janvier 1899, *Sté des produits céramiques de Boulogne-sur-Mer*, S. et P. 1901, III, p. 68.

¹⁰ Cependant, le J.-Cl. A. (Fasc. 229) étudie les établissements hospitaliers au sein des « polices administratives ».

¹¹ Certains auteurs refusent cependant cette opposition : V. J.F. HENRY, *Vers la fin de l'état de droit*, R.D.P., 1977, p. 1208 ; mais chez cet auteur le mot « état » est écrit sans majuscule.

¹² V. la loi du 12 novembre 1968, article 37.

¹³ BLAEVOET, *Des recours juridictionnels contre les mesures de police*, Thèse Paris, 1908, p. 91.

¹⁴ M. HAURIU, *Précis de Droit administratif*, 11^e éd., *passim*.

¹⁵ D. PAPANICOLADIS, *Introd. générale à la théorie de la police administrative*, Lettre-préface de M. EISENMANN, Athènes, 1960, p. 16 ; J. RIVERO, *op. cit.*, § 433.

¹⁶ MIRIEL, *Des rapports des municipalités et du pouvoir central en matière de police* Thèse Paris, 1897, p. 12 et s. ; EISENMANN (*op. cit.*) ; D. PAPANICOLADIS (*op. cit.*).

5. — 3. Les « mesures de police » qu'elles sont habilitées à prendre constituent une notion peu définie : celle-ci recouvre aussi bien des actes normatifs, comme des règlements ou des actes individuels, que des actes matériels, comme l'organisation des secours contre « les fléaux calamiteux »¹⁷.

Mais les normes de police ne sont pas qu'administratives, puisqu'il existe aussi des « lois de police »¹⁸. Ceci corrobore le fait que les autorités dites de police ne sont pas les seules à émettre des normes de police dès lors que le législateur n'est, lui non plus, généralement pas cité parmi les autorités de police.

Le déphasage entre les divers éléments de la police se confirme si l'on en croit certains auteurs pour qui il existe des actes ou des « contrôles administratifs à but de police » qui néanmoins ne relèvent pas de la notion de police¹⁹.

Dans tous ces exemples, nullement exhaustifs²⁰, le mot police remplit une fonction qualificative. Dans une seconde série d'exemples, le mot lui-même se voit qualifié par des adjectifs ou des locutions qui tendent à en préciser le sens lors de chaque utilisation particulière. En fait, ils ne contribuent pas du tout à éclairer le sens du mot lorsque celui-ci est pris isolément.

B. LA MULTITUDE DES QUALIFICATIONS AFFECTANT LE MOT « POLICE »

Certaines qualifications n'intéressent pas notre sujet²¹ ; mais la quasi-totalité doit le concerner peu ou prou. Sans compter les innombrables « polices » qui régissent telles ou telles activités, matières ou personnes (police de la chasse, de la pêche, des étrangers, des congés hebdomadaires, des chemins de fer...), on peut

¹⁷ V. J.M. PONTIER, *Les calamités publiques*, Coll. Connaissances communales.

¹⁸ V. p. ex. l'article 3 du Code civil ; les « lois de police et de sûreté générale » que mentionne cet article ne correspondent pas tout à fait à la notion de « police législative » : M. WALINE fait relever de celles-là « toutes les dispositions d'ordre public » d'origine législative (*Traité*, § 1070, p. 637), tandis que pour A. de LAUBADERE, « la police législative » est constituée des lois qui organisent les libertés publiques (*Traité élémentaire de droit administratif*, T. I, § 963, p. 529). V. aussi A.M. L'HOMME-SÉNÉCHAL, *Les critères des lois de police (étude de droit international privé)*, Thèse Paris X, 1981, dactyl.

¹⁹ A. DEMICHEL, *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, L.G.D.J., 1960, 2 T., p. 703.

²⁰ V. aussi A. BITOUZE, *Le double aspect de la publicité foncière : institution civile et institution de police*, Thèse droit Rennes, 1960, 248 p. multigraph.

²¹ Ainsi : « police d'abonnement », « police d'assurance » ou, en termes de marine, « police de chargement » (Ord. août 1681 sur la marine) ; le mot désigne alors, selon Littré et Robert, un document, un certificat, un instrumentum ; il vient de l'italien « polizza », vocable tiré d'un mot grec byzantin signifiant « preuve ».

dénombrer, dans le vocabulaire juridique usuel, une multitude de sortes de polices classifiables en fonction de leurs buts, de leur nature, de leur cadre d'exercice, de leurs objets, ou encore des autorités qui les exercent. Bien entendu, cette classification n'exclut pas tout recoupement.

6. — 1. En tant qu'activité matérielle, la police se décompose, de façon classique, en trois types distincts : la police judiciaire (ou « police d'investigation » ou « police répressive »), la police administrative (ou « police d'ordre » ou « police préventive »), la « police politique » (ou « police d'information », ou « d'opinion » dite encore « police civique » (!) ou « police de prévision »)²². Chacune de ces polices se divise le cas échéant selon son objet particulier (police des mœurs, de la voie publique, de la campagne, des hippodromes, des jeux, etc.) ; cette spécialisation par l'objet donne parfois lieu à l'érection d'un service particulier (par exemple le service de la police de l'air et des frontières).

Cet objet peut aussi qualifier une activité juridique de police (police de la circulation, des hippodromes, des loteries...). Mais ces activités sont plutôt classifiées selon leur but : police de la tranquillité, police de l'hygiène, police de l'esthétique...

7. — 2. Proche de la première classification, il y a une autre qui tend à distinguer les polices par leurs natures ou leurs finalités. Ainsi la « police d'administration » s'opposerait à la « haute police » en ce qu'elle intéresse la fonction administrative ou les fonctions d'administration dont elle constitue une sorte de procédé ou d'auxiliaire²³, tandis que la « haute police » s'analyse plutôt comme un procédé de la fonction gouvernementale ou, plus exactement, comme une police à but politique. Cette dernière expression était utilisée très couramment au XIX^e siècle pour désigner ce que l'on appellerait aujourd'hui l'activité matérielle de « police politique » ou « police civique ». Néanmoins, elle s'appliquait également à des actes juridiques, en particulier ceux pour lesquels le recours pour excès de pouvoir était exclu²⁴. C'est en ce sens que la tradition nous a livré cette locution²⁵.

²² Sur cette classification, V. M. LE CLÈRE, *La police*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1972.

²³ O. MAYER (*Droit administratif allemand*, éd. française par BOUCARD et JEZE, T. II, p. 15) chez qui on trouve l'expression, parlait ainsi de la « police de la voirie », de la « police forestière », de « la police des cimetières » comme « polices d'administration » car elles lui apparaissaient comme l'un des moyens de l'administration des forêts, de la voirie ou des cimetières.

²⁴ V. BONNEVILLE de MARSANGY (A.), *De la surveillance de la haute police. Du patronage des libérés*, 1847 ; CHATAIGNIER, *Du renvoi sous la surveillance de la haute police de l'Etat*, 1849 ; COSSÉ-NADAULT de BUFFON (H.), *Une question d'ordre public. La surveillance de la haute police* (Extrait Revue pratique), 1871 ; MARESCQ-LEGRIN (A.), *De la suppression de la surveillance de la haute police*, Pedone-Lanniel, 1882.

²⁵ V. notamment A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration (Etude sur le recours pour excès de pouvoir)*, Préf. J. RIVERO, L.G.D.J., 1974, Coll. Bib. Dr. Pub., T. 116, p. 108 et s. ; A. PELLET, *Le glas de la théorie dite du domaine de haute police*, note sous C.E.,

Très différente apparaît la « police constitutionnelle » à laquelle se réfère la Constitution du 3 septembre 1791 : l'expression, complètement disparue aujourd'hui, semble désigner l'ensemble des actes par lesquels les autorités de l'Etat surveillaient le respect par les administrateurs et les officiers municipaux de l'ordre constitutionnel²⁶. Quant à la « Grande police », également disparue, elle évoquait la législation du maintien de l'ordre et la répression des insurrections ou des émeutes²⁷. Toujours dans l'ordre politique, la « police générale » du XIX^e siècle désignait l'activité administrative se préoccupant du maintien de l'ordre de l'Etat²⁸ par opposition à la « police municipale » qui régissait et régit encore l'ensemble des activités se déployant dans la vie locale. Le concept de « police générale » existe toujours, mais dans un sens très différent puisqu'il englobe, entre autres, celui de « police municipale » : il s'oppose désormais plus particulièrement à celui de « polices spéciales » : celles-ci se caractérisent, dans la langue juridique courante, par le fait qu'elles gouvernent certains types d'activités, de matières ou de personnes, tandis que celle-là, la police générale, ne semble plus avoir d'objet particulier, ce qui constituerait son critère.

Quant à la « police administrative », son sens semble avoir considérablement évolué puisqu'on l'opposait traditionnellement à la « police municipale »²⁹, alors que, de nos jours, cette dernière est unanimement présentée comme une forme de la « police administrative ».

8. — 3. Les polices peuvent aussi se classer selon leur cadre d'exercice. Hauriou distinguait ainsi la « police territoriale » de la « police des services publics » ou encore la « police de l'ordre public » de la « police organique des services publics » ou la « police de la gestion des services publics »³⁰. Ces deux dernières polices

2 novembre 1973, S.A. Librairie F. Maspero, D. 1974, p. 433 ; V. aussi, à propos de cet arrêt, les conclusions de M. BRAIBANT et la note de M. DRAGO au J.C.P., 1974, II, 17642, les chroniques de MM. LÉGER et BOYON, A.J.D.A., 1973, p. 577, et de MM. BONNAMY et DARCY, Rev. Adm., 1974, p. 132.

²⁶ V. l'art. 7, Section III, Chapitre III, Titre III : « Seront néanmoins exécutés comme lois sans être sujets à [la] sanction [royale] les actes du corps législatif concernant (...) l'exercice de la police constitutionnelle sur les administrateurs et sur les officiers municipaux ».

²⁷ V. J. BÉNIER, *Les principes de la législation française sur le maintien de l'ordre*, Thèse Paris, 1938 ; V. aussi MIRIEL, *op. cit.*, p. 25.

²⁸ V. l'arrêté des Consuls du 12 Messidor de l'An VIII qui énumère certaines matières, certaines personnes ou certaines activités, tenues pour *a priori* suspectes ou dangereuses du point de vue de l'ordre politique de l'Etat : les étrangers, les nomades, la délivrance des titres de transport pour les voyages à l'étranger, les poudres et salpêtres, le commerce de l'or et de l'argent... V. aussi sur ce concept, R. de CHATEAUBRIAND, *De la monarchie selon la Charte* (Œuvres complètes, Tome septième « Mélanges politiques - polémique », Paris, Garnier, 1911, p. 185 : « La police générale est une police politique ».

²⁹ V. M. LE CLÈRE, Répertoire Dalloz, V^e Police, nos 5 et s.

³⁰ V. son *Précis*, 11^e éd., p. 452 et 480 et s., et ses notes sous C.E., 11 mars 1910, *Cie Française des Tramways*, D. 1910, III, p. 1 - 23 janvier 1903, *Cie des chemins de fer économiques du Nord*, S. 1904, III, p. 49 - 5 janvier 1924,

ne correspondent pas au pouvoir disciplinaire ou au pouvoir de maintien de l'ordre interne aux services publics — on parlerait plutôt de « police intérieure »³¹ — mais à un pouvoir d'organisation du service (ou tendant à régler son fonctionnement) exercé par une autorité interne ou externe au service. La « police territoriale » ne doit pas non plus se confondre avec les « forces territoriales de police » que constituent notamment les formations de la Gendarmerie « départementale » par opposition à la Gendarmerie mobile : la « police territoriale » est, chez Hauriou, une activité essentiellement juridique (mais elle peut utiliser également « la coercition ») : selon cet auteur, elle peut être une « police communale » — laquelle regroupe, à son sens, la « police municipale » et la « police rurale » — ou une « police d'Etat »³². Celle-ci se définit par la nature étatique des autorités qui l'exercent. Cependant la distinction n'est pas parfaitement claire car le préfet — autorité étatique — est souvent présenté comme une autorité de police municipale, même lorsqu'il intervient dans tout le département et non pas seulement dans une commune. Il importe donc de débrouiller cet écheveau.

9. — 4. En dehors des différents objets qui caractérisent certaines polices spéciales — l'affichage, la colombophilie, les appareils à vapeur, etc. — quelques polices, sans être spécifiquement spéciales, s'appliquent à certains objets très hétéroclites mais dont le point commun néanmoins tient à ce qu'ils sont des institutions, des droits ou des régimes juridiques. On ne peut en faire qu'une brève énumération : il y a, ou il y aurait ainsi, une « police du domaine public » — au sein de laquelle la confusion terminologique est d'ailleurs invraisemblable³³ — une « police des contrats »³⁴, une « police de la propriété » et même une « police de la famille » ou une « police des fonctionnaires »³⁵ ; il y aurait aussi, dans un sens très différent, une « police juridique »³⁶ qui porterait sur l'ensemble ou sur certaines règles de droit afin d'en assurer la mobilité et l'adaptation³⁶.

Sté industrielle du gaz et de l'électricité, S. 1926, III, p. 33. V. aussi D. PAPANICOLAÏDIS, p. 15.

31 « La police des assemblées » est une sorte de police interne aux assemblées. V. L. 10 août 1871, art. 29, pour le conseil général dont le président assure la police. Pour le maire, V. l'article 31 du Code de l'Administration communale (art. L. 126-16 du Code des communes). V. aussi MOREAU, *Le règlement administratif*, 1902, qui cite un décret de l'Assemblée Constituante du 30 juillet 1791 « chargeant le Ministre de la Guerre de la police et de la discipline des troupes coloniales en France » (p. 62 et s.).

32 *Précis*, 11^e éd., p. 483.

33 V. Cl. KLEIN, *op. cit.*

34 M. WALINE, *Traité*, § 1070, p. 637.

35 J. MOREAU, *Théorie générale des polices administratives*, J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 2.

36 L'expression est de M. HAURIOU. V. son *Précis*, 11^e éd., p. 198, et son article *Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al-Sanhoury « Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail »*, R.T.D. Civ., 1926, p. 265 et s. Dans cette idée, le contenu sémantique du mot police est très différent de celui qui apparaît de nos jours dans certaines études. V. par exemple ROGER-POL DROIT, *Par-delà la logique et l'irrationnel* (Le

10. — 5. Enfin, on peut encore distinguer la « police civile » de la « police militaire ». Cette opposition se réfère évidemment au principe de séparation des autorités militaires et des autorités civiles. Mais l'expression « police civile » se rencontre, notamment chez Hauriou, dans deux autres acceptions très différentes : selon un premier sens, elle constitue un équivalent de « police privée » dans ce passage où le Doyen de Toulouse explique la formation de l'Etat et l'apparition du « pouvoir administratif » : « ce pouvoir de nature exécutive, peut être considéré comme résultant de la centralisation de toutes les polices civiles »³⁷ ; dans un autre sens, cette expression a pu être utilisée pour décrire l'ensemble des actes que le maire accomplit en tant qu'officier d'état civil ou dans son rôle d'assistance aux magistrats de l'ordre judiciaire (lois en matière d'absence) ou dans son activité d'authentification³⁸.

Ainsi, la multiplicité des polices, la variété des fonctions qualificatives du mot « police » et la diversité des qualifications dont il est affecté témoignent bien de sa richesse. Mais sa précision en subit le contre-coup. C'est en partie pour cette raison que les auteurs, lorsqu'ils l'utilisent isolément, éprouvent souvent le besoin d'indiquer le sens dans lequel ils l'emploient.

C. LA DIVERSITÉ DES TYPES DE SENS DANS LESQUELS LE MOT « POLICE » PEUT ÊTRE PRIS

Victime de l'indétermination du vocable, la doctrine exploite la quasi-totalité de l'éventail des sens dans lesquels on peut concevoir une notion ou un terme : au sens organique ou au sens fonctionnel, au sens formel ou au sens matériel, au sens large ou au sens étroit, au sens traditionnel ou au sens moderne, au sens statique ou au sens dynamique. Il nous faut tous les envisager car nous n'avons *a priori* aucune raison d'en exclure un seul³⁹.

11. — 1. Le premier couple de sens ne soulève aucune difficulté : au sens organique, la police est un ensemble de forces, de services, de personnels, d'institutions ou d'autorités ; au sens fonctionnel, la police est une activité, un pouvoir, une fonction, une mission...⁴⁰. Nous avons déjà rencontré ces deux aspects de la police.

12. — 2. Au sens formel — c'est de cette façon que M. F.-P. Benoît la conçoit⁴¹ —, la police se définit par ses éléments d'orga-

Monde, 22 avril 1977, p. 34) : « Depuis l'Organon aristotélicien, la logique est apparue comme l'administration des raisonnements, voire la police des réflexions, fixant les principes et les lois de toute production de la vérité » (souligné par nous).

37 *Précis*, 11^e éd., p. 7.

38 V. *Répertoire Béguet*, V^e Commune, n° 1313.

39 M. J.L. MARTRES (*Les caractères généraux de la police économique*, Thèse Bordeaux, 1964, 4 tomes, T. I, p. 8) prend la même précaution méthodologique.

40 Sur cette opposition, V. p. ex. J. RIVERO, *op. cit.*, p. 384, § 433.

41 *Op. cit.*, § 1371, p. 746.

nisation ou de régime (autorités compétentes, étendue de leur compétence, procédés qu'elles peuvent mettre en œuvre...). Au sens matériel — c'est ainsi que M. Hauriou la concevait selon M. F.-P. Bénéoit et M. Bourjol⁴² —, elle se définit par ses finalités ou ses objets. Malheureusement, il n'apparaît pas pour l'instant que la notion de police soit plus précise dans un de ces deux termes que dans l'autre, compte tenu de la diversité de ses éléments tant formels que matériels.

13. — 3. L'opposition sens large-sens étroit, la plus communément utilisée, trahit la mobilité des limites à l'intérieur desquelles on peut concevoir la notion. Lorsque les auteurs se bornent à évoquer la police sans vouloir s'engager dans une définition très précise — c'est le cas le plus fréquent —, ils se retranchent volontiers derrière « le sens large » de la police. Au sens « le plus général » pourrait-on dire, la police s'entend aujourd'hui de toute activité publique contraignante⁴³ ou de tous les procédés de puissance publique⁴⁴. Autrefois, on l'a vu, elle recouvrait toute la notion de droit. De façon un peu moins large, elle englobe toutes les réglementations qui auraient pour but, non pas seulement la tranquillité, la salubrité ou la sécurité publiques, mais toutes sortes d'intérêts généraux⁴⁵ : comme l'explique M. Teitgen, « toute réglementation administrative d'une liberté individuelle pour la sauvegarde d'un ordre, d'un bien commun supérieur est en effet une police au sens large du terme⁴⁶. De façon moins restrictive, M. F.-P. Bénéoit explique : « il existe dans notre droit une notion très générale de police : relèvent de la police, au sein de l'Etat, toutes les réglementations directes des activités des particuliers ayant pour objet de prohiber certaines d'entre elles et les actes des opérations nécessaires pour assurer l'application et la sanction de ces règles »⁴⁷.

Ainsi, non seulement les conceptions que l'on peut se faire de la police « au sens large » ne coïncident pas entre elles — il s'en faut —, mais encore certaines d'entre elles, notamment les dernières, correspondent sensiblement à des définitions de la police au sens normal du terme, voire au sens strict puisqu'une définition est

42 Respectivement *op. cit.*, § 1369 et *Droit administratif*, Masson et Cie, 1972, T. I, p. 275.

43 En ce sens, V. J.L. COSTA, *Liberté, ordre public et justice en France*, Les Cours de droit, 1965, 3 fasc. Cours I.E.P. 1964-1965, p. 107 notamment.

44 En ce sens, V. J. PUYOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français*, R.D.P., 1965, p. 398.

45 Voir MICHEL, concl. sur C.E., 22 janvier 1937, *Cie auxiliaire des voitures à Paris* (3 arrêts) : « La réglementation de la durée du travail rentre incontestablement dans la police au sens large du terme » (R.D.P., 1937, p. 129) ; pour G. JEZE au contraire, « l'application de la loi sur la durée du travail n'est pas de la police, même au sens large ; sinon tout est de la police » (R.D.P. 1937, p. 125). Dans le même sens, pour A. de LAUBADERE, « le permis de construire peut être refusé pour des considérations soit classiques, soit plus modernes de police *latu sensu* » (perspectives monumentales, création de parcs ou d'espaces verts) (*Traité*, T. II, § 864, p. 442).

46 *Droit social*, IX, p. 2.

47 *Op. cit.*, § 1354, p. 740.

censée faire apparaître l'essence irréductible d'une notion : ainsi M. Papanicolaïdis définit la police « comme l'ensemble des activités normatives, répressives et matérielles accomplies par les autorités administratives, soit en vue d'assurer le bon ordre dans la collectivité ou à l'intérieur des services publics, soit en vue de protéger l'intégrité matérielle du domaine public »⁴⁸.

Mais, justement, il se trouve que certains auteurs excluent la police du domaine public de la notion de police « au sens étroit »⁴⁹, tout comme les normes qui, ne visant pas la trilogie municipale, ne sont pas sanctionnées par l'article R. 26-15° du Code pénal (ancien article 471-15°) ainsi que les actes matériels d'exécution d'un jugement qui, comme les précédents, ne relèveraient pas, selon ces auteurs, de la police « proprement dite »⁵⁰.

Proche du sens large, il existe aussi chez Hauriou un « sens élevé » de la police : il s'agit alors, comme nous le verrons, d'une notion bien spécifique à sa pensée : elle joue le rôle de fondement du droit et de l'Etat dans leur ensemble⁵¹.

Les auteurs ne se contentent pas, avec ces sens plus ou moins larges, étroits ou élevés, de fixer les limites de la notion par rapport à l'espace : ils en situent également la signification par rapport au temps.

14. — 4. La police peut donc aussi se concevoir au « sens traditionnel » ou au « sens moderne », classification qui ne clarifie en rien la matière, au contraire. Au « sens traditionnel », en effet, la police peut représenter à peu près n'importe quoi, pourvu que cela se réfère au droit, à un commandement, à la puissance publique, à la contrainte... Tout dépend en général du contexte ou de l'époque à laquelle on fait référence. Cela est d'autant plus vrai que certains auteurs font appel « au sens classique » de la police pour évoquer en réalité une notion assez étroite, limitée à la trilogie municipale⁵². Cette contradiction laisse entendre que la police s'est

48 *Op. cit.*, p. 15-16. Mais cette définition a été critiquée pour son « extension extrême » (V. la préface de M. EISENMANN ; V. aussi J. de Soto, *comptendu bibliographique de cette thèse à la R.D.P.*, 1963, p. 145-146) ; M. J. MOREAU (J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 12) lui reproche de ne plus avoir de « contour précis ».

49 V. la note de M. MOURGEON sous C.E., 18 novembre 1966, *Froment et Clément* (J.C.P., 1967, II, 15063), les conclusions de M. GALABERT sur cet arrêt (R.D.P., 1967, p. 996) qui parle de police « stricto sensu » et les réflexions de R. ODENT (*Cours de contentieux administratif*, 1971, p. 1529) qui évoque à ce propos la notion de « police pure ».

50 M. HAURIU, notes sous C.E., 27 février 1903, *Olivier Zimmermann*, S. 1905, III, p. 17, et sous C.E., 10 février 1905, S. 1905, III, p. 113.

51 V. *Principes de Droit public*, p. 475 et *Précis*, 11^e éd., p. 15-16.

52 V. Fr. MODERNE, note sous T.C., 28 juin 1976 et C.E. Sect., 18 juin 1976, *Commune de Vaulx-en-Velin*, A.J.D.A., 1976, p. 572, à propos des taxes d'assainissement, activité qui se rattache selon l'auteur « aux fonctions de police au sens classique du terme ». M. LE CLÈRE au contraire oppose la « police administrative » au « sens traditionnel » de la police municipale (Rép. Dalloz, V^e Police, n° 5 et s.).

restreinte depuis le XVIII^e siècle, mais qu'elle s'est étendue par rapport à ce qu'elle était au début de ce siècle.

La signification du mot au « sens moderne » n'apparaît guère plus explicite pour les mêmes raisons⁵³. On a alors recours à un autre diptyque.

15. — 5. Selon M. Teitgen, « dans son sens statique, qui est son sens étymologique, le mot police désigne l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires qui ont pour but de maintenir un certain ordre dans la "cité" »⁵⁴. Dans cette définition, la police, si elle est une activité, est assimilée en réalité à ses procédés normatifs. Cependant, dans son sens statique, la police nous semble davantage représenter un certain état d'ordre, comme dans l'expression : « faire jouir les habitants d'une bonne police ». Quoi qu'il en soit, commentant la formule de M. Teitgen, M. Klein écrit : « L'aspect statique de la police, peut-on dire, sera donc précisément la réglementation. Inversement, l'aspect "dynamique" de la réglementation, c'est-à-dire sa mise en œuvre comme ses applications individuelles, sera précisément la police »⁵⁵. On pourrait donc penser qu'il existe aussi une police « dynamique » puisque, par ailleurs, on invoque ici ou là l'existence d'un « ordre public dynamique »⁵⁶...

Telles sont donc les diverses entités que le mot qualifie, les diverses qualifications qui l'affectent, les divers types de sens dans lesquels il se présente. Chacune et tous ensemble en font une véritable « notion-protée » qui découragerait le chercheur s'il n'était convaincu de l'importance théorique et pratique de la réalité qu'elle recouvre.

§ 2. L'IMPORTANCE DE LA POLICE DANS NOTRE SYSTÈME ET NOTRE VIE JURIDIQUES

Bien que son importance ait décliné par rapport à celle qu'elle avait aux époques de l'ancien droit et du droit administratif naissant (A), la police a été présentée, à partir de la période classique, comme l'un des deux piliers de l'exposé du droit administratif (B), place qu'elle a conservée de nos jours, dans une certaine mesure du moins (C).

A. LA PLACE DE LA POLICE AUX ÉPOQUES DE L'ANCIEN DROIT ET DU DROIT ADMINISTRATIF NAISSANT

16. — 1. Recouvrant sous l'Ancien Régime la notion même de droit ou encore l'ensemble des règles régissant l'action des individus

⁵³ Chez BLAEVOET (*op. cit.*, 1908, p. 11 s.) la police « au sens moderne » revêt six significations déjà rencontrées ici ou là.

⁵⁴ *La police municipale*, Thèse Nancy, 1934, p. 1, souligné par l'auteur.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁶ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Préf. G. PÉQUIGNOT, L.G.D.J., 1962, Coll. Bib. Dr. Pub., T. 42.

ou des groupes, organisant la vie sociale ainsi que l'ensemble des activités des institutions publiques, la police a fait l'objet d'exposés systématiques intitulés en général « Traité de la police » ou « Traité de police ». Ces traités consacraient l'importance pratique et doctrinale de la police, encore qu'ils fussent beaucoup plus descriptifs que théoriques⁵⁷.

17. — 2. Après la Révolution — et l'événement joue lui-même un rôle fondamental sur la notion de police —, une dissociation commence à s'opérer entre la place de la police dans la vie juridique et celle qu'elle occupe dans la pensée juridique : la police existe toujours, mais elle disparaît des ouvrages théoriques qui semblent la dissoudre complètement dans l'ensemble de leurs divers chapitres⁵⁸; ils la mentionnent bien de façon spécifique, mais ne lui consacrent alors que quelques passages ou quelques lignes, non pour la définir, mais pour distinguer sa forme « administrative » de la police judiciaire, se bornant d'ailleurs, le plus souvent, à reprendre sur ce point les dispositions du code Brumaire⁵⁹.

Cette dissolution de la police dans l'ensemble du droit administratif s'explique aisément : « on pouvait [sous ce mot de police] faire rentrer tout le droit administratif »⁶⁰; personne ne cherchait donc à identifier, au sein du droit administratif, la notion de police. Néanmoins, dès lors que l'intitulé des ouvrages théoriques du XIX^e siècle font tous référence, soit au « droit administratif », soit à l'« administration », soit « à l'action » ou à « la justice administratives » et non à la « police » comme sous l'Ancien régime, il devait

⁵⁷ Le monumental *Traité de police* de Nicolas DELAMARE (2^e éd., 1722-38, 4 volumes in Fol. revus par DESSESSARTS) est l'un des plus connus et des plus pratiques avec le *Code de la police* de DUCHESNE (4^e éd., 1767, 2 vol.); le *Dictionnaire ou traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses et seigneureries de la campagne* (1^{re} éd., 1768, nouvelle éd. 1771) est lui aussi très pratique et plus maniable que le *Traité* de N. Delamare. Seul l'ouvrage de J. de GOTTLOBS, *Eléments généraux de police démontrés par des raisonnements fondés sur l'objet et la fin qu'elle se propose* (traduit de l'allemand, Paris, 1769) présente un intérêt théorique aujourd'hui dépassé.

⁵⁸ V. les ouvrages de : AUCOC, *Conférences sur le droit administratif*, 1^{re} éd., 1870; BATBIE, *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, 2^e éd., 1885-1894; DARESTE, *La justice administrative en France ou traité du contentieux de l'Administration*, 2^e éd., 1898; DUCHOCO, 7^e éd., 7 vol., 1897-1900; DE GERANDO, *Droit administratif français*, 1842; LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 tomes, 2^e éd., 1896; MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, 1828, et *Cours d'administration et de droit administratif*, 2^e éd., 1852; SERRIGNY, *Questions et traités de droit administratif*, 1854; VIVIER, *Etudes administratives*, 3^e éd., 1859.

⁵⁹ Code du 3 Brumaire de l'An IV, art. 16 à 20 : « La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle (...); elle se divise en police administrative et police judiciaire; la police administrative a pour objet le maintien de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale; elle tend principalement à prévenir les délits. La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir ».

⁶⁰ ROMIEU, concl. sur C.E., 10 février 1905, Tomaso Gracco, D. 1906, III, p. 82.

bien exister une différence entre ces deux notions de droit administratif et de police. Cela est d'autant plus plausible que, par ailleurs et plus tard, des auteurs avaient consacré des travaux spécifiques à la « police »⁶¹. Mais les titres de ces dernières études révèlent que, pour revêtir une nature spécifique et constituer un objet d'étude différent du droit administratif dans son ensemble, la police devait être spécifiée par l'un de ces qualificatifs : « municipale », « générale », « judiciaire » ou, plus rarement, « administrative » (auquel cas elle tendait à nouveau à se confondre avec l'action administrative, sauf si le qualificatif était utilisé par opposition à « judiciaire »). Toutes ces études n'avaient cependant qu'un intérêt pratique.

Ce n'est qu'au début de la période classique que les auteurs d'ouvrages théoriques de droit administratif se penchent sur la police en tant que telle.

B. LA PLACE DE LA POLICE DANS LES SYNTHÈSES DU DROIT ADMINISTRATIF DE LA PÉRIODE CLASSIQUE

18. — A la suite du Doyen Hauriou, la période classique consacre à la police des développements beaucoup plus abondants que par le passé. En outre, et surtout, elle ne se limite plus à décrire son régime mais tente d'en expliquer la nature.

Cet intérêt renouvelé pour la police ne tient pas vraiment à la multiplication des polices spéciales⁶² : il en existait déjà un certain

61 V. N. de CHAMPIGNY, *Traité de la police municipale*, 4 vol., 1844-1863 ; GRUN, *Traité de la police administrative, générale et municipale*, 1862 ; NADAU de LA RICHEBAUDIÈRE, *Traité élémentaire théorique et pratique des fonctions de la police judiciaire, de la police administrative et municipale*, 2^e éd., 1863 ; V. aussi, d'un point de vue plus pratique : N. BACQUA de LABARTHE, *Code annoté de la police judiciaire et municipale*, 4 parties, 1856-1857 ; C. BERRIAT SAINT-PRIX, *Manuel de police judiciaire et municipale*, 4^e éd., 1863 ; C. BERTH, *Théorie spéciale sur le service de la police judiciaire et administrative*, 1875, Bruxelles ; F. BRAYER, *Manuel de police administrative et judiciaire*, 1877 ; du même auteur, *Dictionnaire de police administrative et judiciaire*, 3^e éd., 4 vol., 1910, supp. 1910-1911 ; E. CÉVILLE, *Dictionnaire de police administrative et judiciaire*, 1904 ; COLLET-MEIGRET, *Code de la police administrative judiciaire et municipale*, 1856 ; L. COURCELLE, *Répertoire de police administrative et judiciaire, législation et réglementation, jurisprudence et doctrine*, publié sous la direction de M. LÉPINE, 2 vol., 1895-1899 ; L. DEFERT, *Code de police*, 1905 ; ELOUIN, TRÉBUCHET et LABAT, *Nouveau dictionnaire de police*, 2 vol., 1835 ; F. MIRONNEAU, *Nouveau manuel de police judiciaire et administrative*, 1877 ; C. PAEN, *Code de police municipale et départementale*, 1874.

62 Voir p. ex. les lois des : 2 juin 1891, sur la police des courses de chevaux ; 21 septembre 1893, sur la police de la navigation ; 22 juillet 1896, sur la police des pigeons voyageurs ; 8 avril 1898, sur la police des eaux ; 21 juin 1898, sur la police rurale et sur la police des édifices menaçant ruine ; 15 février 1902, sur la police sanitaire ; 1^{er} août 1905, sur la répression des fraudes ; les décrets des 9 octobre 1907, sur la police des appareils à vapeur, et 21 novembre 1911, sur la police de la navigation aérienne ; les lois des : 16 juillet 1912, sur la police des professions ambulantes ; 1^{er} octobre 1917, sur la police des débits de boissons ; 19 décembre 1917,

nombre au début ou au cours du XIX^e siècle⁶³. Ce mouvement trouve semble-t-il son explication dans deux faits. D'une part, la police en tant qu'activité administrative commence à manifester une certaine spécificité sous l'une de ses formes, la forme municipale : alors que jusque là toute l'activité administrative se confondait avec la « police administrative » telle qu'on l'avait entendue antérieurement, l'intégration dans la fonction administrative de l'activité communale — activité imputée jusque vers la fin du XIX^e siècle à la personne privée que constituait « l'association communale » — laisse désormais apparaître une forme particulière de l'action administrative, la police municipale ; il est donc logique que la doctrine ait jugé opportun de lui consacrer des développements particuliers. D'autre part, et plus profondément, ce mouvement trouve son explication dans la crise d'identité que traverse à cette époque le droit administratif : au lieu de se borner à être un exposé des règles qui gouvernent l'action administrative, le droit administratif commence à s'interroger sur son être au moment où celle-ci subit des transformations fondamentales ; c'est ainsi que la doctrine s'est mise à discerner deux formes conceptuelles de cette action : d'un côté la police — « municipale » puis, plus tard, à nouveau « administrative » — et, d'un autre, le service public.

C'est là, en ce qui nous concerne, l'apport essentiel de cette période : quelle qu'ait pu être l'influence de l'Ecole du Service Public qui voulait faire de la police une simple forme non spécifique de la notion de service public, cette époque a fixé l'idée, qui ne s'est pas vraiment démentie par la suite, que la police est, avec le service public, l'une des deux bases de l'exposé du droit administratif.

C. LA PLACE DE LA POLICE DANS LE DROIT ADMINISTRATIF CONTEMPORAIN

19. — M. Hauriou avait bien pensé pouvoir commenter l'arrêt *Tomaso Grecco* en ces termes : « Dans l'administration contemporaine, l'exécution des services est devenue la préoccupation dominante. Si l'administration a connu autrefois l'âge de la police, elle est aujourd'hui dans l'âge de la gestion, qui n'est autre que celui de l'exécution des services »⁶⁴. La portée de cette réflexion est

sur la police des établissements dangereux, incommodes ou insalubres... Pour d'autres exemples, V. G. GAILLARD, *Les polices spéciales en droit administratif*, Thèse Grenoble II, 1977, 341 p. multigr.

63 Voir p. ex. les lois des : 27 Vendémiaire an II, sur la police de la navigation ; 18 Germinal an X, sur la police des cultes ; le décret du 15 octobre 1810, sur la police des établissements dangereux ; les lois des : 2 janvier 1817, sur la police des cultes ; 15 avril 1829, sur la police de la pêche ; 2 juillet 1830, sur la protection des animaux ; 21 mai 1836, sur la police des loteries ; 3 mai 1844, sur la police de la chasse ; 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer...

64 Note au S. 1905, III, p. 113.

considérable si l'on s'attache ses prémisses : elle est dictée par la confusion, qui a été générale à partir de cette époque, entre ce qui nous apparaît aujourd'hui relever du régime de la police et ce qui, à l'époque, était considéré comme concernant sa *nature* : persuadé, pour lors, que l'ontologie de la police excluait toute responsabilité administrative, il était compréhensible, dès que cette responsabilité fut admise en la matière, que l'on s'engageât dans une voie qui, bien que laissant une place propre à la police, tendait plus ou moins, d'une façon ou d'une autre mais toujours confusément, à récuser la spécificité authentique de cette activité.

Ainsi, à peine apparue dans les exposés généraux du droit administratif, la police a, dès le départ, souffert de cette ambiguïté : on la place bien en parallèle avec le service public, comme si elle était aussi importante que lui, mais, au fond, on ne s'intéresse pas véritablement à elle : la quasi-totalité des problèmes fondamentaux du droit administratif et du droit public général sont étudiés et résolus sans référence à la police. Le droit public a évolué considérablement à partir de la seconde guerre mondiale, mais pas le droit de la police, ni sa notion ; certains chapitres du droit administratif ont été développés, d'autres créés, quelques-uns bouleversés, mais celui de la police s'est stabilisé⁶⁵, alors que, le dirigisme et l'interventionnisme s'amplifiant, les contrôles, les contraintes, les encadrements de toutes sortes se sont multipliés, de même que les polices spéciales, devenues maintenant innombrables. Il est vrai, toutefois, que le droit positif, dans l'indifférence des juristes et souvent avec leur caution, les désigne indistinctement sous les noms de « réglementations », de « législations », de « politiques » ou de « polices »...

Ce phénomène trahit-il une sclérose de la notion de police qui s'expliquerait par le fait que celle-ci — déjà bien ancienne — aurait déjà couvert depuis longtemps tout son champ d'intervention et épuisé toutes les matières où elle peut s'exercer ? Nous aurions alors la raison de cette stabilisation ; mais il resterait à éclairer le pourquoi de ces limites. Ce phénomène recouvre-t-il une « crise de la notion de police »⁶⁶ qui serait due à l'impossibilité ou à la difficulté d'intégrer en son sein des éléments qui d'un certain point de vue devraient y figurer mais conçus d'un autre point de vue comme lui étant par trop hétérogènes ? Il faudrait alors rendre compte de cette impossibilité ou de cette difficulté.

Sur un autre plan, ce phénomène n'est-il pas plus simplement la conséquence de « l'abstention doctrinale » à l'égard de la notion ?

§ 3. L'« ABSTENTION DOCTRINALE » VIS-A-VIS DE LA NOTION DE POLICE

⁶⁵ En ce sens, V. J. MOREAU, *De l'interdiction faite à une autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, A.J.D.A., 1965, p. 8.

⁶⁶ J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 6.

20. — Il est devenu rituel d'introduire toute étude sur la police par la constatation des « carences doctrinales »⁶⁷ à son endroit. Mais l'existence d'un rite sur ce point tend, paradoxalement, à démentir peu à peu son bien-fondé. Ce paradoxe là s'explique assez facilement : en réalité, ce qui manque le plus, ce ne sont pas les études monographiques sur le régime de la police ou sur certaines formes de la police — la police municipale en particulier⁶⁸ ; ce qui fait le plus défaut, malgré l'existence de définitions doctrinales de la police (A), c'est une réflexion d'ensemble sur la notion de police, administrative ou non. Ce qui suscite donc ce rite, malgré ces définitions et ces monographies, c'est qu'il n'est pas véritablement répondu aux questions fondamentales que soulève notre notion (B). Il faudra ainsi envisager les diverses raisons qui peuvent expliquer ces carences (C).

A. LES DÉFINITIONS DE LA POLICE PAR LA DOCTRINE

Nous avons déjà rencontré un certain nombre de définitions de la police, administrative ou non. Il ne s'agit pas de citer toutes celles qui ont pu être données, mais simplement de faire rapidement apparaître qu'il existe soit des similitudes relatives entre certaines définitions, soit au contraire des ruptures totales de cohérence d'un auteur à l'autre.

21. — 1. On peut citer comme exemples de similitudes celles qui ressortent des définitions proposées par :

- J. Castagné : « [le] pouvoir de police administrative, c'est la prérogative reconnue à une autorité administrative, d'édicter, dans le but d'assurer l'ordre public, des actes juridiques exécutoires et d'effectuer les actes matériels nécessaires à leur exécution »⁶⁹ ;
- A. de Laubadère : « La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus »⁷⁰ ;
- J. Rivero : « on entend par police administrative l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société »⁷¹ ;
- G. Vedel : « L'action tendant au maintien de l'ordre public porte le nom de police »⁷² ; « nous appellerons (...) police administra-

⁶⁷ J.M. AUBY, préface à la thèse de M. CASTAGNÉ, *op. cit.*

⁶⁸ Les deux ouvrages de référence sont à cet égard celui de M. THITGEN (*op. cit.*) et celui de M. BON (*La police municipale*, Thèse Bordeaux, 1975) qui s'est livré à une étude quantitative de la place accordée à la police, comparativement au service public, dans les ouvrages généraux contemporains de droit administratif (voir *op. cit.*, p. 4 et 5).

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 28.

⁷⁰ *Op. cit.*, T. I, p. 529, § 963, souligné par l'auteur.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 384, § 433.

⁷² *Op. cit.*, 3^e éd., 1964, p. 15.

tive générale l'ensemble des activités administratives ayant pour objet l'édition de règles générales et des mesures individuelles nécessaires au maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de la sûreté, de la tranquillité, de la salubrité »⁷³.

22. — 2. Pour faire apparaître les ruptures de cohérence, on peut citer les définitions de :

- M. Hauriou : « La police est le règlement de la cité, c'est-à-dire le maintien de l'ordre assuré par une réglementation appuyée sur la force publique et sur les organisations publiques »⁷⁴ ;
- L. Duguit : « (...) La loi donne à l'autorité des pouvoirs particuliers qui s'appellent des pouvoirs de police, et en vertu desquels elle peut d'avance prendre certaines mesures pour empêcher que tel acte ou tel fait contraire au droit ne se produise »⁷⁵ ;
- M. Blaëvoët : « La police est une institution qui a pour objet en imposant des restrictions à la liberté individuelle sous une sanction pénale de prévenir tout trouble imminent de l'ordre public ou de le faire cesser dès qu'il s'est produit, mais seulement en tant que les lieux publics ou accessibles au public et les conditions normales extérieures de l'existence y sont intéressées »⁷⁶ ;
- Rosin : La police « c'est l'ensemble des limitations apportées à la liberté naturelle d'agir de l'individu dans l'intérêt commun »⁷⁷ ;
- O. Mayer : « la police est l'activité de l'Etat en vue de défendre par les moyens de la puissance d'autorité, le bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter »⁷⁸ ;
- R. Capitant : « La mission incombant (...) à l'administration de déterminer les modalités d'exécution des obligations légales (quand le législateur ne l'a pas fait lui-même) correspond à ce que l'on appelle "pouvoir réglementaire", ou encore "pouvoir de police" — en prenant cette dernière expression pour synonyme de la première »⁷⁹ ;
- J. Moreau : « la police (administrative) peut être définie approximativement comme modalité spécifique de l'action administrative »⁸⁰.

Face à l'ensemble de ces divergences très profondes — qu'il n'y a pas lieu pour l'instant d'analyser —, ce dernier auteur a pu regretter à juste titre « l'absence de définition doctrinale de la police

73 *Op. cit.*, 5^e éd., 1973, p. 784.

74 *Précis*, 3^e éd., p. 505.

75 *Manuel de droit constitutionnel*, p. 498.

76 *Op. cit.*, p. 14-15.

77 *Das Verordnungsrecht*, p. 131, cité par J. LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 24.

78 *Droit administratif allemand*, éd. française par BOUCARD et JEZE, T. II, p. 7.

79 *Encyclopédie française*, T. X, l'Etat, Section B. Les institutions, Chapitre I, Les formes générales des institutions politiques, p. 144.

80 *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 13.

administrative »⁸¹. Ce qu'il semble avoir voulu dire par là est que, malgré cette profusion — peut-être à raison d'elle —, il n'y a pas eu de confrontation générale entre ces différentes définitions, qui aurait permis, par vérifications, synthèses, dépassements ou rectifications, de dégager une base minimale sur laquelle la doctrine pourrait se mettre d'accord quant aux questions fondamentales que soulève la notion.

B. LES QUESTIONS FONDAMENTALES QUE SOULEVE LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE

23. — 1. Tout d'abord, la question essentielle que fait surgir cette première approche est la suivante : qu'est-ce que la police ? Est-elle :

- une « institution » (Blaëvoët) ?
- une « activité » (Cl. Klein)⁸² (ou un « ensemble d'activités » (D. Papanicolaïdis)⁸³, ou un « ensemble d'interventions » (J. Rivero), ou « une forme d'intervention » (A. de Lauzadère) de certaines autorités) ?
- une « fonction » (mais une « fonction de l'Etat » (Ch. Eisenmann) ou une « fonction de l'administration » (E. Mirel) ?⁸⁴) ?
- un « pouvoir » (M. Leroy)⁸⁵ (ou un « ensemble de pouvoirs » (M. Waline)⁸⁶, de « prescriptions » (P.-H. Teitgen)⁸⁷ ou de « limitations » (Rosin) à la liberté individuelle) ?
- un « procédé d'action de l'administration » (F.-P. Benoît) ?
- un « régime » (P. Lavigne)⁸⁸ ?
- un « service public » (L. Duguit)⁸⁹ ?

La police est-elle vraiment une forme « spécifique » (J. Moreau) de l'action administrative ? Et, si elle l'est, en quoi réside sa spécificité ? Est-elle même par essence administrative ? S'analyse-t-elle comme un procédé (mais de quelle fonction ?) ou bien comporte-t-elle elle-même plusieurs procédés (et lesquels ?) ? Comment se situe-t-elle en tant que fonction — ou en tant que procédé — dans la théorie des fonctions de l'Etat ou de l'Administration ?

2. Pourquoi a-t-elle pu recevoir autant de définitions si différentes ? Est-ce là un effet de sa nature qui la voudrait protéiforme par essence, ou certaines de ces définitions sont-elles inexactes ?

81 *Eod. loc.*, n° 10.

82 *Op. cit.*, p. 40.

83 *Op. cit.*, p. 15-16.

84 *Op. cit.*, p. 21.

85 *Le concours des polices générales et des polices spéciales*, Thèse, Lille, 1938, p. 5.

86 *Précis de droit administratif*, p. 637, § 1070.

87 *Op. cit.* p. 1.

88 Préface à la thèse de M. KLEIN, interprétant la pensée de cet auteur.

89 *Traité de droit constitutionnel*, T. II, p. 58-59.

Quel est le ressort de son évolution historique, de cette restriction, de cette extension, de cette stabilisation ?

3. Comment la police a-t-elle pu franchir le passage du libéralisme au néo-libéralisme sans en avoir apparemment subi les conséquences dans ses fondements et sa signification ? Quels sont ses rapports avec l'interventionnisme ? En est-elle un aspect ou l'intègre-t-elle ? Lui est-elle simplement parallèle ? La prolifération des « ordres publics » dans toutes les branches du droit permet-elle de continuer à la définir par référence à la trilogie municipale, ou faut-il au contraire reprendre les définitions du début de ce siècle qui, dès cette époque et paradoxalement, ne la limitaient pas à cette trilogie ? La substitution de « politiques » à une éthique sociale pour la détermination des disciplines qui nous gouvernent n'implique-t-elle pas que la police, dont la mise en œuvre n'était que circonstancielle ou subsidiaire dans un système social et juridique fondé naguère sur l'immutabilité de ses structures, soit devenue l'instrument de ces « politiques » ? Ne répondrait-elle pas par là à sa fonction d'« aménagement harmonieux de la cité » (P.-H. Teitgen) ? « La délégalisation du droit, la décadence de la loi » (P. Durand), le fait que celle-ci tende à devenir l'instrument purement procédural des autorités exécutives ne rendent-ils pas bien artificielle la classification traditionnelle des fonctions de l'Etat ? Est-il encore justifié d'étudier la notion de police « administrative » plutôt que la notion de « police » — sans autre précision ? La multiplication et l'aggravation des immixtions de la puissance publique dans des domaines jusque-là préservés, le dépérissement des droits subjectifs autorisent-ils à nous transmettre, sans autre réexamen, l'aphorisme selon lequel « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception » ? Qu'en reste-t-il aujourd'hui quand le juge tend, par exemple, à admettre sans texte la compétence réglementaire des ministres⁹⁰ ? A l'inverse, la renonciation partielle de la puissance publique à ses privilèges (incitation, concertation, contractualisation, information, etc.) soustrait-elle à la police des champs d'intervention privilégiés ou, au contraire, diversifie-t-elle ses moyens d'action et transforme-t-elle sa nature ?

A l'égard de toutes ces questions, on a le sentiment d'un « déphasage de l'analyse juridique par rapport à la réalité sociale » et politique⁹¹ : il semble que la doctrine ait laissé la police évoluer dans une quasi-clandestinité et que, négligeant ces questions, elle ait opéré une fixation de cette notion « fausseté claire »⁹² sur ce qu'elle était au début de ce siècle, en particulier sous sa forme municipale.

Quelles peuvent être les raisons de ces « carences » doctrinales ?

90 V. C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Préf. R.E. CHARLIER, L.G.D.J., 1970, Coll. Bib. Dr. Pub., T. 98.

91 P. DURAND, D. 1956, Chron., p. 73.

92 J. de SOTO, R.D.P., 1963, p. 146 (compte rendu biographique de la thèse de M. PAPANICOLAÏDIS).

C. LES HYPOTHÈSES D'EXPLICATION DES « CARENCES » DOCTRINALES

24. — A n'en pas douter, les causes de cette « indifférence » sont « complexes »⁹³. Il apparaît essentiel de les découvrir pour la solution même de nos problèmes.

L'hypothèse la plus simple consiste à se demander, avec M. Auby, si cette « abstention » n'est pas due à une « sorte de réflexe libéral, (...) un sentiment plus ou moins conscient de suspicion et de méfiance à l'égard d'une des activités les plus contraignantes de la puissance publique, une de celles sur lesquelles l'emprise de la légalité s'est établie le plus difficilement »⁹⁴.

Si cette raison est plausible, elle ne semble pas déterminante car bien des pouvoirs de contrainte, bien des prérogatives exorbitantes, bien des formes de l'illégalité ou d'atteintes aux libertés (comme les actes de gouvernement, les mesures prises au cas de circonstances exceptionnelles, les voies de fait, les internements administratifs, etc.) ont mobilisé la doctrine.

Cependant, cette raison semble avoir joué un rôle indirect mais tout à fait déterminant : le Doyen Vedel a rappelé à quels « pré-supposés d'ordre philosophique ou sociologique » était dû le caractère secondaire assigné à l'activité de police par l'Ecole du Service Public : celle-ci pensait « travailler pour le progrès et la liberté »⁹⁵ en élaborant une notion destinée à fixer un but d'utilité sociale à toutes les activités de la puissance publique, et en annexant la notion de police au service public jusqu'à vouloir la dissoudre en son sein. La vocation universelle de la notion de service public a certainement polarisé sur elle l'attention de la doctrine et fait mettre sous le boisseau notre notion⁹⁶. Néanmoins cette explication n'est pas suffisante car ce phénomène était de nature à inciter au moins quelques auteurs à le mettre en lumière et à l'apprécier.

L'hypothèse de l'absence d'intérêt d'un tel sujet pouvant maintenant être écartée, il n'en reste que deux : l'inutilité pratique de la notion de police et/ou la difficulté (voire l'impossibilité) de la cerner. La portée de telles éventualités conduit à en examiner la consistance de façon plus approfondie.

93 J. MOREAU, J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 10.

94 Préface à l'ouvrage de M. CASTAGNÉ (*op. cit.*).

95 *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E., 1954, p. 21 et s., notam. p. 23 et s. V. aussi la Préface à la 11^e éd. du *Précis de* M. HAURIUO : « La puissance publique et le service public ».

96 V. aussi F.P. BENOÎT, *op. cit.*, p. 763, § 1389.

SECTION II

LA RECHERCHE EST-ELLE UTILE ?

Sur le plan théorique, l'intérêt de la recherche apparaît d'ores et déjà considérable. Mais qu'en est-il sur le plan pratique ? La notion de police présente bien à cet égard une certaine utilité puisque l'application de certaines règles en droit positif est imputée à la présence de cette notion ou expliquée par la nature policière de l'acte considéré (§ 1). Mais, dès lors que la police ne suit pas un régime uniforme et que les règles qui la gouvernent normalement peuvent aussi trouver à s'appliquer en dehors de la police (§ 2), on peut émettre des doutes sur l'existence d'une catégorie juridique « police » (§ 3).

§ 1. L'UTILITE PRATIQUE RELATIVE DE LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE

Il existe deux catégories de cas dans lesquels la notion de police administrative présente une utilité : ceux où il est nécessaire de procéder à l'identification de la notion pour en tirer une conséquence sur le plan du régime juridique applicable (A) ; ceux où l'on explique l'application de telle règle par la présence de la notion (B).

A. LES CAS OU L'IDENTIFICATION DE LA NOTION ENTRAINE UNE CONSÉQUENCE DE RÉGIME

25. — Il est inutile de proposer une liste exhaustive ; il suffit de citer, par exemple : la distinction entre police administrative et police judiciaire pour l'attribution de compétence juridictionnelle ; la distinction entre acte de police et sanction administrative pour imposer ou non le respect des droits de la défense ; la distinction entre opération de police administrative ou opération de guerre pour savoir si la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée ; la distinction entre acte de police administrative et acte de gouvernement pour déterminer la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ; la distinction entre acte de police individuel et acte administratif individuel non spécifié, pour la détermination du juge de premier ressort compétent *ratione loci*¹ ; la distinction entre la

¹ V. AUBY et DRAGO, *Traité*, 2^e éd., T. I, p. 967, § 590. V. aussi art. R. 43 du Code des tribunaux administratifs.

CHAPITRE INTRODUCTIF

37

carence dans l'exercice des pouvoirs de police et le défaut d'entretien normal de l'ouvrage public pour le choix entre le système de la faute lourde et celui de la faute présumée ; la distinction entre règlement de police et autres règlements pour décider de l'applicabilité des sanctions pénales de l'article R. 20, 15^e du Code pénal, etc.

B. LES CAS OU L'APPLICATION DE TELLE RÈGLE S'EXPLIQUE PAR LA PRÉSENCE DE LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE

26. — On attribue souvent la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à telle autorité au fait qu'elle a reçu d'un texte la « police » de telles activités ou personnes ; c'est par cette notion que l'on rend compte de l'application à certains organes des règles particulières de compétence (concours de police), de l'interdiction qui leur est faite de recourir à la technique contractuelle, au procédé répressif, au procédé de l'acte individuel s'il n'est pas fondé sur une réglementation générale préalable ; la notion de police explique aussi l'illégalité des interdictions générales et absolues, celle de la prescription des moyens pour atteindre les buts que l'acte peut assigner, celle de la soumission à autorisation préalable de l'exercice de telle liberté publique ; c'est encore elle qui explique, dit-on, l'absence de droit acquis pour les destinataires de la norme ; enfin le contrôle d'opportunité, ou contrôle juridictionnel maximum de la légalité de certains actes, est justifié par la nature d'acte de police de la mesure considérée, etc.

L'utilité d'identifier la notion paraît donc incontestable. Cette proposition doit cependant être fortement nuancée.

§ 2. LA NON-SPÉCIFICITÉ DU RÉGIME DE LA POLICE ADMINISTRATIVE

La non-spécificité du régime de la police administrative tient à ce que les actes de police suivent des régimes extrêmement différents (A) et à ce que les quelques règles que nous venons d'énumérer ne s'appliquent pas qu'à la police (B).

A. LA DIVERSITÉ DES RÉGIMES JURIDIQUES APPLICABLES A LA POLICE

27. — Les actes de police ne font pas tous l'objet du même type de contrôle juridictionnel et nombre d'entre eux sont insusceptibles du contrôle d'opportunité² ; certains actes prescrivent non

² V. p. ex. C.E., 14 mai 1948, *Imbach*, D. 1949, p. 226, note J.G. : refus par un préfet de délivrer un passeport ; les appréciations d'opportunité ne sont pas « susceptibles d'être discutées devant » le juge administratif. Sur l'ensemble de la question, V. J. CASTAGNE, *op. cit.* et Ch. PASBECCO, *De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir*, R.D.P. 1980, p. 803.

seulement les buts, mais encore, dans une certaine mesure, les moyens propres à les atteindre et enjoignent ainsi une obligation positive à leurs destinataires³; d'autres prononcent des interdictions générales, sinon absolues⁴; on en relève quelques-uns qui soumettent légalement à autorisation l'exercice de telle liberté⁵ ou qui ne comportent pas de sanctions pénales, même celles de l'article R. 26-15° du Code pénal⁶; on en trouve aussi qui associent des autorités juridictionnelles à leur élaboration⁷; certains présentent un caractère nettement répressif⁸; d'autres respectent comme acquis certains droits⁹. Dans quelques matières, comme celle de la responsabilité, l'identification de la police administrative semble n'apporter aucune indication à elle seule, puisque tous les systèmes trouvent une application dans le droit de la police : ceux de la faute simple¹⁰ ou de la faute lourde¹¹, ceux fondés sur la théorie du risque¹² ou de la rupture de l'égalité devant les charges publiques¹³. La

3 V. p. ex. C.E., 5 janvier 1968, *Préfet de police*, A.J.D.A., 1968, p. 221 : obligation pour les exploitants d'auto-école de posséder un local permettant de garer les véhicules. V. sur la jurisprudence plus ancienne TEITGEN, *op. cit.*, p. 402 et s. et note G. MORANGE sous l'arrêt C.E., Ass. 16 mai 1947, *Gourlet*, D. 1948, III, p. 256.

4 V. p. ex. C.E., 14 mars 1973, *Almela*, Rec., p. 213 : interdiction totale du stationnement des véhicules, tous les jours et à toutes les heures dans telle rue.

5 V. p. ex. Cass. crim., 7 novembre 1956, D. 1957, p. 57, et la note : en matière de réglementation des professions ambulantes sur la voie publique.

6 V. p. ex. Trib. pol. Villefranche-sur-Saône, 19 novembre 1970, *Manier et autres*, J.C.P., 1971, II, 16607 bis : inapplicabilité de l'article R. 26-15° à l'obligation de payer le péage d'autoroute; mais, depuis lors, un décret du 30 juin 1972 est intervenu pour sanctionner cette obligation (art. R. 235-1 du Code de la route). V. aussi, pour une règle dont la nature policière prête moins à contestation : Cass. crim., 23 octobre 1886, S. 1886, I, p. 493, rapport TANCN : prohibition de l'ouverture de chapelles domestiques et d'oratoires particuliers sans autorisation préalable du gouvernement; V. aussi Cass. crim., 31 décembre 1903, *Knittel*, D. 1904, I, p. 281 : mesure du préfet de police relative au « tout à l'égout ».

7 V. Ch. GABOLDE, *Les édifices menaçant ruine*, J.-Cl. A., Fasc. 360.

8 V. p. ex. C.E., 13 juillet 1963, *ville d'Alès*, A.J.D.A., 1963, p. 707, note J. MOREAU, Rec. p. 437 : le maire a pu légalement interdire à un commerçant d'exercer pendant trois mois son activité sur les marchés de la ville.

9 V. Fr. BATAILLER, *Les Beati possidentes du Droit Administratif : les actes unilatéraux créateurs de privilèges*, R.D.P., 1965, p. 1051 et s.

10 V. p. ex. C.E., 26 janvier 1973, *ville de Paris c/ Driancourt*, A.J.D.A., 1973, p. 273, chronique CABANES et LÉGER, p. 245 : l'illégalité de l'injonction du préfet de police de mettre fin à l'exploitation d'appareil à jeux « a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique ».

11 V. p. ex. C.E., 21 juillet 1970, *ville du Croisic*, Rec. p. 508 : « Il ne résulte pas du dossier que l'insuffisance des mesures prises par le maire pour assurer le respect par les organisateurs de la réglementation préfectorale ait eu, dans les circonstances de l'espèce, le caractère d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la ville ».

12 V. p. ex. C.E., 24 juin 1949, *Lecomte et Daramy*, J.C.P., 1949, II, 5092, concl. Barbet, note GEORGES, R.D.P., 1949, p. 587, note WALINE : responsabilité pour risque en matière d'accidents causés par les armes à feu.

13 V. p. ex. C.E., 22 février 1963, *commune de Gavarnie*, R.D.P., 1963, p. 1019, note M. WALINE; A.J.D.A., 1963, p. 229 et 209, chronique GENTOT et FOURRÉ; Rec. p. 113. — Sur le droit de la responsabilité du fait de police, V.

procédure du référé administratif est normalement écartée pour « les litiges intéressant l'ordre et la sécurité publique », mais elle est possible en matière de protection de la « salubrité publique »¹⁴; il en va de même, en principe, pour la procédure du sursis à exécution, encore que le juge accepte de le prononcer en matière de police¹⁵...

Dès lors que les régimes juridiques applicables à la police se « diversifient à l'infini »¹⁶, on a pu dire que son droit n'est pas « une manière autonome » mais seulement « un chapitre du droit administratif général »¹⁷. Ceci se confirme *a contrario*.

B. LES RÈGLES NORMALEMENT APPLICABLES A LA POLICE PEUVENT RÉGIR D'AUTRES DOMAINES

28. — Le principe de proportionnalité¹⁸, de même que celui de l'économie des moyens¹⁹, régit d'autres activités que la police; le contrôle d'opportunité peut s'exercer sur d'autres actes que ceux de la police²⁰; les règles du concours de polices ne seraient qu'une application pure et simple du principe de hiérarchie des actes administratifs²¹; la théorie de la carence n'existe pas qu'en matière de police²²; le principe d'une réglementation générale préalable à l'acte individuel — qui d'ailleurs ne s'impose pas uniformément à tous les actes de police²³ — voit son champ d'application excéder

F.P. BÉNOIT, *La responsabilité du fait de la police administrative*, Sirey, 1946, et F.P. BÉNOIT et J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 716. V. aussi TROILLAS, *La responsabilité des administrations publiques en matière de police*, Thèse Paris, 1943.

14 V. J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 74, qui cite l'arrêt C.E., 14 février 1964, *S.A. Produits chimiques Péchiney-Saint-Gobain*, Rec. p. 113.

15 V. J. MOREAU, *op. cit.*, n° 75, citant l'arrêt C.E., 23 janvier 1970, *Construction immobilière rhodanienne c/ Maire de Crépieux*, *Le Pape*, A.J.D.A., 1970, p. 179, note CHABANOL : sursis à l'exécution d'un arrêté municipal interdisant la circulation de poids lourds dans certains chemins d'une commune. Sur la jurisprudence relative au sursis, V. la note de M. DRAGO sous C.E., Ass. 23 juillet 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, R.D.P., 1974, p. 278; V. aussi AUBY et DRAGO, *op. cit.*, § 765; R. VANDERMEEREN, *Le sursis à l'exécution des décisions intéressant l'ordre public*, A.J.D.A. 1981, p. 425.

16 G. MORANGE à propos de la notion de service public : *Le déclin de la notion de service public*, D. 1942, chronique XII, p. 45.

17 G. VEDEL, *Droit administratif*, p. 805; V. aussi F.P. BÉNOIT, *op. cit.*, § 1373, p. 747; *contra*, P. LAVIGNE interprétant l'opinion de M. KLEIN selon lequel la « police est un régime ».

18 V. G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, Mél. M. WALINE, L.G.D.J., 1974, T. II, p. 297, et M. GUIBAL, *De la proportionnalité*, A.J.D.A., 1978, p. 477.

19 V. Ch. SIRAT, *L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative*, J.C.P., 1958, I, 1440.

20 G. VEDEL, *Droit administratif*, p. 805 et 322.

21 V. J.F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public*, préf. B. JEANNEAU, L.G.D.J., 1966, Coll. *Éb. Dir. Pub.*, T. 65.

22 D. DORLENCOURT-DÉTRAGIACHE, *La carence en droit administratif français*, Thèse Paris, 1972 (dactyl.).

23 C.E., 4 janvier 1935, *dame Baron*, S. 1936, III, p. 29, note P.H. TEITGEN : prescription du nettoyage quotidien d'une cour où vivaient des animaux.

celui de la police²⁴; l'interdiction du recours au procédé contractuel ne vise pas que les autorités de police²⁵, etc.

On peut donc légitimement se demander si la police existe en tant que catégorie juridique.

§ 3. LA MISE EN CAUSE DE L'EXISTENCE DE LA NOTION DE POLICE EN TANT QUE CATEGORIE JURIDIQUE

La formulation logique de l'hypothèse d'une inexistence de la notion de police en tant que catégorie juridique (A) repose en réalité sur des présupposés méthodologiques qui soulèvent, de notre point de vue, des problèmes capitaux (B).

A. LA FORMULATION LOGIQUE DE L'HYPOTHESE D'UNE INEXISTENCE DE LA NOTION DE POLICE

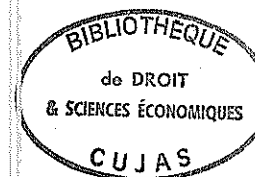
29. — Puisqu'elle s'accommode d'une diversité de régimes juridiques et puisque, à l'inverse, les règles qui la gouvernent se retrouvent ailleurs, c'est que la police ne doit pas comporter cette unité fondamentale qui, à coup sûr, entraînerait pour elle un régime juridique homogène et spécifique. L'application ou au contraire l'exclusion de l'une de ces règles ne doit pas provenir de ce qu'il s'agit d'un acte de police mais, par exemple et selon la règle considérée, soit d'un acte administratif, soit d'une compétence réglementaire, soit d'un pouvoir discrétionnaire, soit d'un pouvoir lié, soit d'un pouvoir autonome, soit d'une norme d'exécution de telle loi, etc. Autrement dit, ce qui fonde le régime doit être l'appartenance de l'acte considéré non pas à la notion de police mais à une autre catégorie juridique, elle efficiente, qui dépasse la police ou que celle-ci englobe selon les cas. Pour l'explication de son régime, la police serait supplantée par d'autres notions; et, dès lors, on trouverait là non seulement une raison des carences doctrinales — puisque l'identification de la notion de police ne servirait à rien —, mais encore la cause — ou l'une des causes — de la multiplicité des formes ou des sortes de polices dont les divers qualificatifs ne tendraient qu'à préciser une notion par nature inconsistante. Notre recherche est-elle donc vaine?

L'hypothèse ne saurait être fondée qu'à condition que ses prémisses le soient également.

B. LES PRESUPPOSÉS METHODOLOGIQUES DE L'HYPOTHESE

30. — L'hypothèse repose en réalité sur cette conviction — presque unanimement partagée par la doctrine — qu'« il est (...) dans la nature [de toute notion juridique] de soumettre à un régime uniforme les situations qu'elle groupe »²⁶; sinon la notion se voit reprocher de ne plus avoir de « contours précis »²⁷, d'être « trop étendue »²⁸, ou « inutilisable ». Les notions ne doivent être qu'un « comprimé de règles auxquelles elles se réfèrent implicitement »²⁹; la technique de notre droit et la structure de notre science et de notre mentalité juridiques nous conduisent toujours, plus ou moins consciemment, à n'accepter une entité en tant que notion authentiquement juridique que si les éléments censés la constituer se caractérisent par un régime suffisamment uniforme. Si l'intelligibilité d'une notion passe par une construction qui ne soit pas de pure technique juridique, la science juridique proprement dite rend les armes: elle laisse à d'autres disciplines — la science politique, la philosophie du droit, la science administrative notamment — le soin d'y procéder; et si des juristes se livrent à cette construction, elle les accuse soit de faire de « l'esthétisme »³⁰, soit de « tomber dans la spéculation philosophico-juridique »³¹, ou elle s'excuse de n'élaborer que des notions « méta-juridiques » (Ch. Eisenmann).

Dans ces conditions, comment prétendre traiter de la notion de police administrative dans une étude de droit administratif?



26 R. LATOURNERIE, *Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public: agonie? convalescence? ou jouvence?*, E.D.C.E., 1960, p. 96.

27 J. MOREAU, *op. cit.*, n° 12 (à propos de la définition de la notion de police par M. PAPANICOLAÏDIS).

28 *Eod. loc.*, n° 11 (à propos de la définition de la notion par le doyen HAURIU).

29 R. LATOURNERIE, *art. précité*, p. 96.

30 P. WEILL, R.D.P., 1967, p. 718 (à propos de la théorie de M. KLEIN).

31 Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 42 (à propos des auteurs qui ont présenté la police comme une fonction).

24 J. FENET, *Le règlement préalable à la décision individuelle*, Thèse Dijon, 1937.

25 V. J. MOREAU, article précité à l'A.J.D.A. 1965 qui montre que pour la doctrine dominante « la règle de l'inaliénabilité du pouvoir de police [est] (...) une application d'un principe général reposant sur la nature de toute compétence ». V. aussi Cl. BLUMANN, *La renonciation en Droit administratif français*, préf. J. LAMARQUE, L.G.D.J., 1974, Coll. Bib. Dr. Pub., T. 113.

SECTION III

LA RECHERCHE EST-ELLE POSSIBLE ?

La recherche est possible mais à condition de trouver, au sein des différents types de catégories juridiques que distingue néanmoins la science du droit, celui qui apparaît le plus susceptible de rendre compte de la notion de police (§ 1). Or il se trouve que, par nature, la police ne peut être comprise et acceptable comme notion juridique que si celle que l'on élabore intègre les différents types de catégories juridiques existants. Il faut donc dépasser toute alternative quant au rôle qu'on entend assigner à la notion (§ 2). Cet impératif dictera le plan de notre étude (§ 3).

§ 1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE CATÉGORIES JURIDIQUES

31. — La science du droit distingue trois types fondamentaux de catégories juridiques — dont la définition prête d'ailleurs à discussion — entre lesquels s'établit une sorte de dialectique ternaire qui se trouve à la base de toutes les « crises » que subissent les notions juridiques et de tous les progrès de la connaissance juridique : les catégories techniques (A), les catégories conceptuelles (B) et les catégories fonctionnelles (C) ¹.

A. LES CATÉGORIES TECHNIQUES

32. — Même si elle ne le dit pas toujours, c'est essentiellement aux catégories techniques que s'intéresse la doctrine, dans la mesure

¹ Le Doyen VEDEL ne semble distinguer que deux types fondamentaux de catégories juridiques : les catégories conceptuelles et les catégories fonctionnelles (V. son article, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P., 1950, I, 851, n° 4); le Professeur RIVERO en distingue deux autres : les catégories conceptuelles et les catégories techniques (*Les mesures d'ordre intérieur*, Thèse Paris, 1934, p. 291-2); cela ne signifie pas, à notre avis, que les catégories techniques doivent s'analyser comme des catégories fonctionnelles, ainsi que nous le montrerons rapidement. Sur l'ensemble des questions soulevées par la nature des catégories juridiques et des méthodes en science du droit, V. notam. J. RIVERO, *Apologie pour les faiseurs de systèmes*, D. 1951, Chr. p. 94; B. CHENOT, *L'existentialisme et le droit*, R.F.S.P., 1953, p. 57; P. WEIL, *Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ?*, Annales de la Faculté de droit d'Aix, 1959, p. 281; M. WALINE, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique. Faut-il tuer les catégories juridiques ?*, Mél. J. Dabin, 1963, p. 365; R. LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, p. 177 et s.; Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Préf. G. VEDEL, L.G.D.J., 1972, Coll. Bib. Dr. Pub., T. 108; D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Préf. P. WEIL, L.G.

où ce sont généralement les seules auxquelles elle accorde une valeur opératoire : en effet, selon M. Waline « on peut appeler "catégorie juridique" — mais l'auteur ne précise pas que le type de catégorie qu'il définit est technique, ce qui atteste la prévalence implicite en doctrine de ce type de notion — « tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante pour que certaines solutions s'imposent au juge » ². Pour M. Rivero, est « technique » la catégorie qui « tend à regrouper les phénomènes juridiques non d'après la profonde identité de leur nature mais dans une fin essentiellement pragmatique et utilitaire » ³; ce type de catégorie ne se désintéresse pas complètement de l'identité de nature de ces phénomènes mais il accorde à celle-ci une importance relativement secondaire; ce qui compte, ce sont les règles de droit applicables, dès lors que ce type de notion « se fonde sur des identités de solution en droit positif » ^{3 et 4}.

B. LES CATÉGORIES CONCEPTUELLES

33. — Toujours selon le Professeur Rivero, les catégories conceptuelles — que l'auteur, avec F. Gény auquel il se réfère, appelle « catégories réelles » — « se situ[ent] dans le domaine ontologique ». Cela ne signifie pas que ces catégories délaissent complètement les données du droit positif : elles partent du droit positif pour accéder à un stade supérieur de la connaissance juridique : « la catégorie conceptuelle apparaît lorsque le juriste ayant analysé les phénomènes soumis à son examen, discerne entre eux des affinités et des rapports nécessaires; elle (...) constate ces rapports et (...) groupe les faits qui y participent »; « une telle catégorisation répond (...) à des éléments objectifs qui en font un des procédés les plus sûrs par lesquels l'intelligence puisse pénétrer les phénomènes qui s'offrent à elle »; par là « l'esprit retrouve, dans le réel, un ordre » ⁵.

D.J., 1972, Coll. Bib. Dr. Pub., T. 107, notam. p. 138 et s.; L. HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974, Coll. philosophie du droit (T. 14).

² *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?*, in Mél. Dabin Sirey, 1963, p. 365; mais, plus loin, l'auteur écrit que « les catégories juridiques elles-mêmes ne peuvent être que des concepts » (p. 367).

³ *Les mesures d'ordre intérieur*, Thèse Paris, 1934, p. 292.

⁴ S'il est vrai que « l'élaboration de toute notion se ramène à un problème de définition » (LATOURNERIE, article précité, E.D.C.E., 1960, p. 95), une notion ou une catégorie technique donne lieu à une « définition de régime » (Ch. EISENMANN, *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, R.D.P., 1972, p. 1345 et s., p. 1433); par contre, à la différence de ce que fait M. LATOURNERIE (article précité, p. 96), il ne nous semble pas possible, avec Ch. EISENMANN (article précité, p. 1434), « de faire usage du terme de notion comme synonyme de critère ».

⁵ *Eod. loc.*, p. 291-292; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 1919.

Le Doyen Vedel, quant à lui, caractérise ces catégories par cela qu'« elles peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels » et que « leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. Sans doute, ajoute-t-il, ne sont-elles pas immuables, mais les enrichissements ou les retranchements qu'elles peuvent subir sont imputables à l'évolution des données auxquelles on les applique et non à leur nature même. Sans doute aussi leur mise en œuvre comporte-t-elle l'inévitable marge d'incertitude et les hésitations qu'implique le passage du monde des règles de droit à celui des solutions concrètes. Mais elles ont une réelle unité conceptuelle (...); on pourrait dire qu'elles *sont* indépendamment de ce à quoi elles *servent* »⁶.

C. LES CATEGORIES FONCTIONNELLES

34. — 1. « Les catégories fonctionnelles [au contraire] procèdent directement, aux yeux du Doyen Vedel, d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »⁷. Nous ne prendrons cependant pas le terme « fonctionnel » dans le même sens que cet auteur⁸ mais dans le sens de « téléologique »⁹; c'est là un des effets de la relativité des définitions de ces types de catégories eux-mêmes. Ce n'est certes pas le lieu d'approfondir cette question, mais, pour clarifier la suite des développements, il nous semble indispensable de donner quelques précisions sur ce point en raisonnant à partir de l'exemple-type que la doctrine, à la suite de cet auteur, donne généralement des « catégories fonctionnelles » : les actes de gouvernement. De notre point de vue, il ne s'agit pas là d'une catégorie qui, en soi, serait fonctionnelle; non pas que les actes de gouvernement constitueraient une notion conceptuelle en l'état du droit positif et de la doctrine : bien au contraire puisqu'apparemment il n'y a aucun rapport « logique » ou « réel » entre les éléments qui entrent dans cette notion dont on ne peut, pour en donner une représentation complète, que dresser la « liste » ou le « catalogue ». Leur seul rapport, en l'état actuel de la doctrine et du droit positif, est purement technique : ils suivent tous le même régime juridique qui les fait échapper au contrôle de légalité. De ce point de vue, on peut donc dire que les actes de gouvernement constituent une catégorie *purement technique* : technique puisqu'il y a bien une homogénéité de régime qui fonde d'existence de la catégorie; purement technique parce que cette catégorie, à raison du caractère hétéroclite des éléments de cette liste, ne semble reposer sur aucune identité de nature de ses composantes, à la différence des catégories

techniques proprement dites. Cependant, on entrevoit pour ces actes une certaine similitude de nature, celle tirée de la « raison d'Etat » ou plutôt, de nos jours, de l'existence possible d'une fonction gouvernementale : de ce point de vue, les actes de gouvernement peuvent apparaître comme une catégorie technique ordinaire car l'essence de cette notion — tirée de son régime — ne serait plus dépourvue de toute justification logique. C'est celle-ci qui permettrait de les distinguer des « mesures d'ordre intérieur » — au sens technique également, c'est-à-dire au sens de « mesures ne faisant pas grief » —, lesquelles échappent aussi au contrôle de légalité. Si cette justification parvenait à être davantage élaborée par la doctrine jusqu'à ce qu'apparaisse une véritable identité de nature de ces éléments ou d'autres entités qui leur sont proches (les actes de haute police notamment) et si l'on parvenait à présenter cette identité de nature comme le fondement d'une nouvelle catégorie qui rendrait compte non seulement de cette absence de contrôle de légalité mais encore des autres règles s'appliquant à ces actes (compétence d'édition, base légale, indemnisation...), les actes de gouvernement se fonderaient alors dans une catégorie de nature conceptuelle. C'est qu'en effet, comme l'explique le Doyen Vedel, « les notions fonctionnelles sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle »¹⁰.

2. Par là se révèlent la portée relative de la distinction des catégories, la nature transitoire de ces catégories fonctionnelles et surtout le fait — qui paraît essentiel — que ces dernières catégories sont souvent le produit d'une imperfection ou d'une dysfonction des deux autres types de catégories lorsque le droit positif ou l'environnement théorique des notions évolue. A cet égard, ce qui nous apparaît fonctionnel — ou téléologique —, c'est l'usage qu'on en fait ou le contenu qu'on entend leur donner : une catégorie technique peut faire l'objet d'une définition fonctionnelle à partir du moment où, afin de soumettre telle entité à tel régime juridique, on prétend y intégrer celle-ci alors qu'elle lui est totalement hétérogène du point de vue conceptuel : en ce qu'elle comporte des éléments qui ne devraient pas y figurer, la notion technique entre en « crise » parce que son fondement n'était sans doute pas celui qu'elle aurait dû avoir; elle peut aussi entrer en crise parce qu'à l'inverse, le régime de ses éléments se diversifiant, le principe de son unité se désagrège; la crise se résout, dans les deux cas, soit par une redéfinition de la notion technique, soit par son changement qualitatif qui en fait désormais une notion conceptuelle susceptible de rendre compte de la diversité de régime. Une catégorie conceptuelle peut aussi faire l'objet d'une définition fonctionnelle; c'est le cas, lorsque pour des raisons idéologiques, politiques, doctrinales

⁶ La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, J.C.P., 1950, I, 851; V. aussi du même: De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, J.C.P., 1948, I, 682, n° 11.

⁷ Ibidem.

⁸ Le terme « fonctionnel » est quelquefois entendu au sens d'« opératoire » ou d'« opérationnel ». V. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 31.

⁹ V. l'article de M. WEIL précité et l'ouvrage de D. LOSCHAK, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁰ Ibidem. Pour une appréciation d'ensemble des diverses théories émises à propos des actes de gouvernement, V. notam. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, p. 67 et s., et Ph. CHALVIDAN, *Doctrines et actes de gouvernement*, A.J.D.A., 1982, p. 4.

ou théoriques étrangères à la réalité objective de la notion, on prétend y intégrer (ou en exclure) des éléments qui ne devraient pas y figurer (ou qui le devraient) parce que cette réalité l'interdit (ou l'impose). L'utilisation fonctionnelle de la catégorie conceptuelle provient alors de son inaptitude à rendre compte des objets auxquels elle s'applique ou de l'inadaptation de la structure catégorique dans laquelle on prétend l'insérer.

On comprend donc pourquoi tous les progrès de la théorie et de la pratique du droit s'analysent comme un jeu dialectique incessant entre ces trois types de catégories. Mais lequel faut-il choisir pour rendre compte le mieux possible de la police ?

§ 2. LE CHOIX DU TYPE DE CATEGORIE

Notre hypothèse de départ (C) découle de cette idée qu'il faut absolument dépasser (B) le dilemme que provoque l'existence de ces trois types de catégories (A).

A. LE DILEMME

35. — 1. Il semble tout d'abord évident que l'on ne saurait donner à la police une représentation fonctionnelle : la police, comme nous le signalerons au passage, fait bien quelquefois l'objet, de la part du juge ou de la doctrine, d'une catégorisation fonctionnelle ; mais on ne saurait en faire autant de propos délibéré, étant donné le caractère quelque peu pathogène de ce type de catégorie.

2. Doit-on faire de la police une catégorie conceptuelle ? A raison du peu de crédit dont jouit ce genre de catégories dans les préoccupations dominantes de la doctrine, un tel choix n'apparaît pas de prime abord comme un bon parti : on ne dégagerait qu'une notion extrêmement générale de la police dont on ne voit pas *a priori* comment elle parviendrait à rendre compte de toutes les règles de droit, aussi diverses, qui s'appliquent à la police.

3. Reste alors la possibilité de faire de la police une catégorie technique. Si l'on se réfère aux canons de la méthodologie dominante, c'est bien cela que l'on attend de notre part et que la quasi-totalité de la doctrine — pour celle qui s'est préoccupée de la police — a tenté avant nous. Il apparaît essentiel de la définir de cette façon puisque, dans un certain nombre de cas, c'est bien sa présence qui entraîne l'application de telle règle de droit ou à laquelle on en impute l'applicabilité : le critère de la catégorie technique que nous définirions aurait alors un intérêt opératoire évident. Mais, on vient de le voir, la police ne se caractérise pas par un régime véritablement spécifique et uniforme. Par conséquent, notre catégorie technique serait par définition incapable d'englober toutes les manifestations et toutes les règles du droit de la police : elle serait donc en définitive inacceptable.

Comment sortir du dilemme ?

B. LE DÉPASSEMENT DU DILEMME

36. — 1. C'est dans la situation décrite ci-dessus que réside à notre avis toute la difficulté de la notion de police¹¹ ; et c'est cette difficulté fondamentale qui explique l'abstention doctrinale ou la divergence profonde des auteurs sur ce qu'est la police — lorsqu'ils s'y sont intéressés : certains d'entre eux ont entendu, mais sans le dire, définir une catégorie technique de la police, celle-ci apparaissant alors soit irrecevable sur le plan conceptuel, soit inapte à en synthétiser le régime ou les diverses formes ; d'autres ont voulu, mais sans annoncer non plus quel était leur parti, élaborer une catégorie conceptuelle, peut-être admissible sur ce plan — si et dans la mesure où les définitions sont « libres »¹² —, mais totalement gratuite d'un point de vue pratique.

2. Il ne faut donc surtout pas opposer les deux points de vue théorique et pratique. Pour suivre les méthodes d'un auteur qui s'est interrogé sur l'autre pilier du droit administratif, le service public, on peut dire que « la fidélité au réel ne constitue (...) qu'une qualité négative. Car, pour être adéquate à ses fonctions, la notion doit avoir une valeur positive. Celle-ci (...) a d'ailleurs un double contenu. La vertu d'une notion de qualité ne s'épuise pas en effet dans sa propriété d'identifier les situations auxquelles elle s'applique et, par là-même, de leur appliquer les règles qui leur correspondent ; une telle notion doit en outre s'insérer sans effort et logiquement au sein du *corpus* juridique, c'est-à-dire apporter à celui-ci non un élément de perturbation, mais, bien au contraire, une contribution à son harmonie. Elle doit par là-même être dotée d'une aptitude explicative et même justificative. Il va de soi d'ailleurs qu'il ne lui est loisible de satisfaire à cette dernière exigence que si le corps même du droit auquel elle vient s'agréger présente lui-même, dans sa structure, la cohésion indispensable. Mais il est fréquent que des notions présentent une telle importance [— c'est le cas de la notion de police —] que cette cohésion même dépend d'elles pour la plus large partie. L'un des indices les plus sûrs du mérite d'une notion se tire donc de sa clarté, des lumières qu'elle projette sur les situations qu'elle concerne, ainsi que des orientations et des commodités de tous genres qu'elle procure, par là-même, à la fois à la théorie et à la pratique »¹³.

C. L'HYPOTHESE

37. — Le véritable mystère que constitue la police comme notion juridique tient à ce que, pour être en tant que telle accep-

11 V. aussi en ce sens J. MOREAU, *Police administrative et police judiciaire. Recherche d'un critère de distinction*, A.J.D.A., 1963, p. 68 et s., p. 69 notamment.

12 G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E., p. 23, 28 et 31.

13 R. LATOURNERIE, article précité E.D.C.E., 1960, p. 98. V. aussi M. WALINE,

table et compréhensible sur les deux plans théorique et pratique, cette notion doit, à raison même des exigences de la science du droit ainsi que de la structure de notre théorie générale du droit public, être constituée, d'une part, d'une multitude de catégories techniques et, d'autre part, d'une catégorie conceptuelle fédérative de toutes celles-là.

1. A chaque règle qui gouverne son statut doit correspondre une catégorie technique particulière destinée à regrouper les situations auxquelles s'applique cette règle. Il y a donc en principe autant de catégories techniques de la police que de règles spécifiques — ou groupes de règles spécifiques — applicables. Ces catégories doivent donc être très nombreuses à raison de la diversité du régime de la police; nous ne pourrions donc pas toutes les isoler. Il nous semble par contre essentiel de montrer que, dès lors que ces règles n'entretiennent pas nécessairement entre elles de rapport logique, il ne peut pas y avoir de façon nécessaire de point commun entre ces catégories, point commun à partir duquel on pourrait élaborer une catégorie technique unique de la police. Or la doctrine a presque toujours cherché à définir la police dans son ensemble par un tel type de catégorie constitué au moyen d'une extrapolation à toute la police d'une seulement de ces catégories techniques — qui peut être variable suivant l'auteur —, choisie en raison de l'importance pratique de la règle ou du groupe de règles dont elle est destinée à délimiter le champ d'application (police générale municipale, police administrative opposée à police judiciaire, police administrative opposée à sanction administrative...). Deux causes semblent avoir déterminé cette attitude : tout d'abord l'extrapolation ainsi que la limitation et la déformation qui s'ensuivent pour notre notion ont été facilitées, sinon encouragées, par le fait que la police n'est qu'« un des chapitres du droit administratif » et que, par suite, certaines règles qui lui sont applicables peuvent parfaitement s'expliquer par des catégories qui ne lui sont pas spécifiques mais qui simplement la recoupent en partie (les notions de compétence, de règlement autonome, de circonstances exceptionnelles...). La seconde cause, qui explique la première, est, quant à elle, d'ordre idéologique, doctrinal et théorique tout à la fois : en raison de son histoire et de la Révolution libérale, la notion de police, qui était à l'origine une notion conceptuelle, s'est vue, en tant que telle, entièrement récusée par les fondements mêmes de notre système juridique : celui-ci s'est organisé en une structure catégorique qui était destinée à la détruire, non pas seulement en ce qu'elle représentait un certain type de pouvoir condamné par la Révolution, mais en ce qu'elle était une notion conceptuelle; après la Révolution, en effet, elle n'a pas pu, dans sa globalité, se reconstituer en tant que telle, même avec un autre contenu : cela était techniquement inutile — puisque certaines règles s'appliquant à la

article précité, in Mél. DABIN, qui refuse d'opposer les deux points de vue théorique et pratique.

police peuvent s'expliquer par des catégories non spécifiquement policières — et conceptuellement difficile car une telle catégorie conceptuelle de police aurait regroupé des éléments que la doctrine, polarisant son attention sur des questions de régime, aurait jugés par trop hétéroclites.

2. Or c'est justement un tel type conceptuel de catégorie qui, aujourd'hui, peut seul rendre compte de la nature de la police et fédérer l'ensemble de ces catégories techniques, que celles-ci lui soient spécifiques ou non quant au régime. La coexistence de cette série de catégories techniques et de cette catégorie conceptuelle unitive est possible si l'on considère qu'elles jouissent chacune de deux modes d'être juridique différents qui sont, l'un, celui du donné immédiat ou de la connaissance expérimentale, l'autre, celui du construit, de la nécessité théorique ou, pour parler comme Kant, de la certitude apodictique.

Cela nous indique quel doit être le plan de notre étude.

§ 3. PLAN DE L'ÉTUDE

38. — « Aborder l'analyse d'un système juridique [— ou d'une notion —] avec la volonté de le ramener tout entier à un principe unique, c'est préjuger du résultat de la recherche sur un point capital : la possibilité, précisément, de cette réduction à l'unité »¹⁴.

1. L'analyste doit donc approcher la police avec le moins de préjugés personnels qu'il est possible : il doit d'abord l'observer comme un fait objectif, en tant que phénomène historique, doctrinal et de droit positif; il lui faut considérer cette histoire, cette doctrine et ce droit positif comme *a priori* susceptibles — c'est le seul préjugé qui lui est permis — de lui livrer la vérité de la police : il lui faut donc commencer par faire une phénoménologie de la notion de police, c'est-à-dire chercher, derrière l'existence de la notion, telle qu'elle se présente sous ces divers aspects, à découvrir son essence¹⁵.

Mais, d'ores et déjà, il apparaît que cette approche, quoique nécessaire, se heurtera à certaines limites. Celles-ci résultent non de la méthode elle-même mais de l'objet auquel on veut ici l'appliquer et du contexte théorique dans lequel se meut cet objet.

La doctrine, en effet, n'a pas simplement pour fonction d'analyser et de synthétiser le réel : son office est de le rendre intelligible en dégagant des notions, conceptuelles ou non, qui le mettent en forme cohérente. Mais, ce faisant, la théorie ou la science juridique crée en partie ses propres objets et elle érige ceux-ci en réalité objective. Il y a bien des faits ou des règles de droit qui s'imposent

¹⁴ J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, R.D.P., 1953, p. 290-291.

¹⁵ Bien que notre propos ne soit nullement philosophique, on peut se reporter pour une étude de la méthode phénoménologique à P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et philosophique du droit*, L.G.D.J., 1964.

à ses analyses et à ses synthèses ; mais tout atteste que les notions qu'elle manie pour rendre compte du réel n'ont pas d'autre réalité que celle que la pensée juridique dominante veut bien leur accorder : la notion de service public ne serait sans doute pas ce qu'elle est — on peut même se demander si elle existerait — s'il n'y avait eu l'Ecole du service public. La « liberté des définitions » s'avère donc très restreinte, et en même temps immense. Pire encore, l'analyste qui officie isolément dans une structure juridique nécessairement préexistante, et qui veut être fidèle à ce qui est donné comme le réel juridique, se voit enfermé dans celui qu'a construit avant lui cette pensée juridique dominante. Le phénomène de l'histoire, du droit positif et de la doctrine relatifs à la police ne peut donc pas livrer de cette notion une essence conceptuelle qui serait « objective » au regard de cette structure, si, à partir de l'histoire et du droit positif, la pensée juridique collective n'a pas déjà élaboré ce concept ou, du moins, n'en a pas déjà arrêté les grandes lignes. Or s'il est vrai qu'il n'existe pas de notion doctrinale de la police, l'investigation phénoménologique de la notion ne nous en fera pas découvrir son essence conceptuelle : essentialiste dans l'intention, notre phénoménologie ne sera qu'existentielle dans le résultat : la police n'aura pas d'autre réalité que cette multitude de catégories techniques, éparpillées et sans cohérence-globale.

2. Par conséquent, s'il est vrai également que « les catégories juridiques elles-mêmes ne peuvent être que des concepts »¹⁶, il faudra, dans le réel, mettre notre subjectivité pour lui trouver un ordre ou son ordre ; structurer ces catégories techniques et déceler, sous leur diversité, l'être de la police ; « concilier sa survivance dans l'être » avec ses mutations historiques ; découvrir les raisons de cet extraordinaire paradoxe qu'il y a à faire de la police l'une des deux bases du droit administratif sans jamais s'être vraiment donné la peine de l'identifier ; chercher une logique à ses aberrations ; en un mot, tenter librement une ontologie de la notion de police administrative.

/ Ire Partie : Essai de phénoménologie de la notion de police administrative.

/ II^{me} Partie : Essai d'ontologie de la notion de police administrative.

PREMIÈRE PARTIE

ESSAI DE PHÉNOMÉNOLOGIE DE LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE

¹⁶ M. WALINE, article précité, in Mél. J. DABIN, p. 367.

C'est d'abord en tant que fait historique que la police s'impose à l'observateur. Un examen rapide de ce qu'elle était sous l'Ancien Régime nous indiquera dans quel cadre général nous devons l'appréhender aujourd'hui.

PARAGRAPHE PRÉLIMINAIRE

LA NOTION DE POLICE SOUS L'ANCIEN RÉGIME¹

Avant la Révolution — nous ne pouvons envisager toute cette période de l'histoire de la notion que très globalement —, la police était à la fois hétéroclite et homogène : hétéroclite dans ses objets, ses buts ou ses procédés (A), mais néanmoins homogène dans son fondement, sa fonction et sa nature (B).

A. LE CARACTÈRE HÉTÉROCLITE DES OBJETS, DES BUTS ET DES PROCÉDÉS DE LA POLICE SOUS L'ANCIEN RÉGIME

39. — 1. Selon Domat, « la police universelle de la société règle chaque nation par deux sortes de lois. La première est de celles qui regardent l'ordre public du gouvernement comme sont les lois qu'on appelle lois de l'Etat qui règlent les manières dont les Princes souverains sont appelés au gouvernement, ou par succession ou par élection, celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques pour l'administration et la justice, pour la milice, pour les finances et de ces charges qu'on appelle municipales, celles qui regardent les droits du Prince, son domaine, ses revenus, la police des villes et tous les autres règlements publics. La seconde est de ces lois qu'on appelle le droit privé qui comprend les lois qui règlent, entre les particuliers, les conventions, les contrats de

¹ Pour des éléments bibliographiques, V. supra, Chapitre introductif, Section I, n° 16, note 57. V. aussi M. MARION, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, éd. Picard, 1972, V° Police, p. 44 L. V. aussi P. CLÉMENT, *La police sous Louis XIV (1786-1789)*.

toute nature, les tutelles, les prescriptions, les hypothèques, les successions, les testaments et les autres matières semblables »².

Si, pour Domat, tous ces objets étaient donc ceux de la « police universelle », le droit civil semblait, vers la fin du XVIII^e siècle, être généralement exclu des objets de la police³. Ainsi N. Delamare, cherchant à délimiter le champ de la police, écrivait : « Entre ces lois [celles de la « police universelle » selon Domat], il y en a qui ont pour objet le bien général et commun de la société ; il y en a d'autres qui ne concernent que les intérêts particuliers. Une distinction si naturelle a fourni dans la suite des temps ce que nous appellerons le droit public et le droit privé ». Mais, à son époque, la police ne couvrait même plus tous les objets qui, de nos jours, sont considérés comme relevant du droit public : ainsi les finances en étaient écartées, comme en témoigne le titre des « Intendants de police, de justice et de finances ». C'est aussi essentiellement par une énumération de ses objets que N. Delamare définissait la police. Il en distinguait onze, ni plus ni moins : « la religion, la discipline, les mœurs, la santé, les vivres, la sûreté et tranquillité publiques, la voirie, les sciences et les arts libéraux, le commerce, les manufactures et les arts mécaniques, les servitudes domestiques, les manouvriers et les pauvres »⁴. Chacun de ces objets se subdivisait en plusieurs branches, mais leur totalité n'était pas synthétisée en une notion unique⁵.

Il en allait de même pour les buts de la police.

2. Si l'on en juge par la multitude de ses objets, la police paraissait viser des buts tout aussi divers : elle tendait tout autant à assurer la continuité du pouvoir et — au moins jusqu'à une certaine époque — la régularité de la dévolution successorale, l'administration d'une bonne justice, la rentrée des deniers publics, qu'à assister les indigents, « réprimer le vagabondage », « régler l'économie des vivres », « retrancher les abus et les monopoles du commerce, empêcher la corruption des mœurs (...), bannir des villes les jeux illicites », ainsi que l'expliquait Le Bret⁶. Domat illustrait non seulement cette richesse de buts de la police mais surtout la profondeur de ses exigences en matière économique : « pour le bon usage de l'agriculture, il est important au bien d'un Etat, aussi bien pour l'intérêt des particuliers, qu'on y cultive ce que la terre peut produire

2 « Loix civiles dans leur ordre naturel. Traité des loix », Ch. IX, 40 et 41, cité par M. CLAPS-LIENHART, *L'ordre public*, thèse Lyon, 1934, p. 49. SAVIGNY, dans son *Traité de la possession*, rendait compte de la même façon de « la protection possessoire par l'idée de police, de paix, de tranquillité » (cité par le même auteur, *op. cit.*, p. 14).

3 De nos jours encore, l'idée de police est invoquée néanmoins à propos de certaines institutions de droit privé : Voir A. BROUZE, *Le double aspect de la publicité foncière : institution civile et institution de police*, thèse Rennes, 1960.

4 Traité de la police, T. I, p. 1.

5 De nos jours, les historiens définissent encore la police de l'Ancien Régime par cette énumération d'objets, voir M. MARION, *op. cit.*, p. 441.

6 De la souveraineté du Roy, Livre 4, Chapitre 15.

de plus nécessaire et de plus utile (...) et il est de la police d'y veiller selon le besoin (...). Il en est de même des soins des bestiaux qu'on doit proportionner à la qualité du pays pour y élever ceux qui peuvent y mieux réussir (...). « Ainsi la police, concluait-il, pourrait obliger les propriétaires des héritages de la campagne à les cultiver et, à leur défaut, y pourvoir par d'autres et par la considération d'en tirer les fruits et encore par la raison d'aider à porter les contributions aux deniers publics »⁷. Il existait donc, déjà sous l'Ancien Régime, une véritable police à but économique⁸.

Pas plus dans ses buts que dans ses procédés, la police de l'Ancien Régime ne présentait l'indice d'une spécificité.

3. Que l'on s'attache en effet à la nature normative ou matérielle des procédés, à la qualité juridique des normes ou encore au caractère préventif ou répressif des actes de police considérés, on ne parvient pas, sous l'Ancien Régime, à isoler le moyen d'action exclusif ou même privilégié de la police.

Il existait bien, dès avant la Révolution, une distinction embryonnaire entre loi et règlement⁹, entre norme « réglementatrice » (Eisenmann) et acte juridictionnel¹⁰; mais la notion de police n'était pas enfermée dans celle de pouvoir réglementaire. Sans doute, la quasi totalité des règlements relevait-elle de la police, compte tenu de la généralité du terme¹¹; mais la police ne se manifestait pas seulement par ce type de procédé : les lois fondamentales du Royaume ou « lois de l'Etat » et les « lois civiles » appartenaient tout autant à la « police universelle » que les « règlements de police »; les Parlements eux-mêmes rendaient des arrêts de « Grande police » en vue de maintenir l'ordre public¹². Ces actes, quelle que fût leur nature, ne présentaient aucun caractère spécifiquement préventif puisque la police posait aussi des « lois, des ordonnances et règlements (...) [établissant] des peines contre ceux qui persist[aient] par fainéantise ou libertinage dans la mendicité »¹³.

Bien entendu, la police pouvait aussi mettre en œuvre la force matérielle pour réaliser ses buts, comme celui de « la répression des mouvements populaires » par exemple. Toutes les activités matérielles de la police ne visaient cependant pas que ce but répressif :

7 *Op. cit.*, Droit public, Livre I, Titre XIV, Sections 1 et 2, cité par CLAPS-LIENHART, *op. cit.*, p. 50 et s.

8 V. OLIVIER-MARTIN, *La police économique sous l'Ancien Régime*, Les cours de droit, 1944-1945. V. aussi le tome IV du Traité de N. DELAMARE à propos du commerce du blé.

9 V. notamment le *Traité de contentieux administratif* de MM. AUBY et DRAGO (*op. cit.*), § 49, qui se réfèrent sur ce point à ROUSSEAU.

10 V. J.M. AUBY, *Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français*, Mélanges STASSINOPoulos, 1974.

11 Voir J.M. AUBY (*art. précité*) : « Si mal conçu qu'il ait pu être, le pouvoir réglementaire n'était pourtant pas mis en doute et les publicistes de l'Ancien Régime ne songeaient pas à discuter l'existence de ce que l'on appelait alors la "police" ».

12 Voir J. BÉDIER, *op. cit.*, p. 32-33.

13 N. DELAMARE, *op. cit.*, préface.

le premier titulaire de la charge de Lieutenant général de police, La Reynie, eut ainsi l'idée de faire éclairer les rues de Paris pour mettre fin aux « désordres nocturnes »¹⁴. Selon N. Delamare, la police engageait aussi « les pauvres valides à s'appliquer pour gagner leur vie, soit aux travaux de la campagne, soit à des ateliers que l'on [ouvrait] exprès pour les occuper ».

Il faudrait certainement continuer à décrire la police de l'Ancien Régime par ses divers objets, buts ou procédés : on ne parviendrait cependant pas à en trouver une définition de technique juridique. On ne peut donc, pour la définir, que prendre en considération des données plus « méta-juridiques », comme son fondement, sa fonction et sa nature. De ce point de vue, en effet, la police de l'Ancien Régime apparaît comme une notion beaucoup plus homogène.

B. L'HOMOGENEITE DE LA POLICE DE L'ANCIEN REGIME CONSIDEREE DU POINT DE VUE DE SON FONDEMENT, DE SA FONCTION ET DE SA NATURE

40. — 1. Bien qu'il en ait lui aussi déploré le caractère « équivoque », N. Delamare nous fait comprendre que la police, dans toute son histoire pré-libérale, semble toujours avoir été fondée sur les principes que chaque société considérée tenait pour les plus essentiels à son ordre, principes politiques, rationnels, naturels ou religieux, voire mythologiques selon le cas. Ainsi, expliquait-il, « le dessein (...) des Grecs qui donnèrent [le nom] de police à ce droit public » était de montrer, « par la conformité des noms, que l'exécution de ces lois qui composent le droit public et la conservation de la société civile qui constitue et qui forme chaque cité étaient deux choses inséparables. De là sans doute, poursuivait-il, est aussi venu l'un des noms qu'ils donnaient à leur Jupiter. Il était appelé "Polieas" (...) à cause de la loi sur laquelle était fondée l'utilité commune, qu'ils croyaient tenir de lui et dont il était selon eux le protecteur ». De la même façon que les canonistes fondaient sur le droit divin naturel la légitimité du droit de police des princes¹⁵, le XVIII^e siècle assignait comme fondement à la police la « loi de nature », celle-ci elle-même fondée sur trois principes, selon N. Delamare : « la religion, l'amour-propre éclairé par la droite raison et la sociabilité ». En effet, « l'homme n'étant pas né pour lui seul, il est destiné, expliquait l'auteur, à vivre en société avec ses semblables » ; or, ajoutait-il, « cette société [est] nécessaire pour les agréments et les douceurs de la vie »¹⁶. De la conscience de cette solidarité sociale, Domat, de façon très moderne, avait déjà dégagé

¹⁴ V. BEDIER, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵ V. L. de GOTTLÖB, *Eléments généraux de police démontrés par des raisonnements fondés sur l'objet et la fin qu'elle se propose* (traduit de l'allemand, Paris, 1769).

¹⁶ N. DELAMARE, *op. cit.*, T. I, p. 2.

C'est faux ! Il s'appelle J. Gottlob von Justi

deux principes d'ordre juridique dont le libéralisme n'a retenu pour l'essentiel que le premier : « l'ordre public, estimait-il, oblige donc doublement les individus : 1^o) rien faire en son particulier qui blesse l'ordre public ; 2^o) contribuer à l'ordre public en ce qui peut le regarder en particulier »¹⁷.

2. N'étant « autre chose que l'âme de la cité », « la police y opère les mêmes effets que l'entendement de l'homme ; c'est elle qui pense à tout, qui règle toute chose, qui fait ou qui procure tous les biens nécessaires aux citoyens et qui éloigne de leur société tous les maux et toutes les calamités qu'ils auraient à craindre ». Reprenant à son compte et pour le XVIII^e siècle cette pensée d'Isocrate, N. Delamare en déduit que la fonction de la police est tendue vers un « unique » objectif : « elle consiste à conduire l'homme à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie », programme qui assurément ne saurait faire l'objet d'une définition proprement juridique.

3. On peut néanmoins, avec Loyseau, définir la police de l'Ancien Régime comme le « règlement de la cité ». Elle « est un droit par lequel il est permis de faire d'office, pour le seul intérêt du bien public et sans postulation de personne, des règlements qui engagent et qui lient tous les citoyens d'une ville pour leur bien et leur utilité commune »¹⁸. Ceci implique que, vis-à-vis de la cité et vis-à-vis de son droit, la police, pour exister et s'exercer, n'a pas besoin d'autre fondement que l'existence même de cette cité : elle existe dès qu'il y a une cité, dès qu'il y a une société, dès qu'il y a un droit. Mieux encore, il semble, compte tenu de son omniprésence, de sa polyvalence, de la généralité et de l'universalité de ses droits et de ses missions, que la police prélibérale soit la fonction qui crée la cité en tant que telle. C'est pourquoi, pour cette époque, nous la définissons comme la fonction sociale constitutive de la cité ou de l'Etat.

Cette notion, purement conceptuelle, n'a survécu à la Révolution libérale que pendant quelque temps. L'effet majeur de cette Révolution est de l'avoir fait éclater en une multitude de formes, certes beaucoup plus spécifiées d'un point de vue strictement juridique ou technique, mais qui ont fait perdre la trace de sa spécificité globale et qui l'ont reléguée à une place relativement subsidiaire par rapport aux autres activités ou fonctions de l'Etat et de l'Administration. En tout cas, ce trop bref schéma historique fait apparaître que la police n'est pas, par essence, exclusivement « administrative » et que, pour tenter de définir la « police administrative » telle qu'elle est aujourd'hui, il faut chercher à l'identifier dans ces deux cadres très généraux qu'elle n'épuise plus de nos jours : celui des fonctions de l'Etat d'abord, celui des activités administratives ensuite.

¹⁷ *Traité des lois*, Chap. V, n° 3, et *Droit public*, Liv. I, Titre IX, Section 2, n° 2, cité par CLAPS-LIENHART, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸ *Traité des Seigneuries*, Chapitre IX, cité par N. DELAMARE, p. 2.

Titre I : La notion de police administrative au sein des fonctions de l'Etat.

Titre II : La notion de police administrative au sein des activités administratives.

TITRE I

LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE
AU SEIN DES FONCTIONS DE L'ÉTAT

C'est sous l'effet de deux des principes juridiques majeurs de la Révolution que la police de l'Etat a perdu son unité en se divisant en trois branches : la première législative, la seconde administrative, la troisième judiciaire. Ces deux principes sont, d'une part, celui de la séparation des pouvoirs et, d'autre part, celui de la séparation des autorités judiciaires et administratives qui certes, existait dès avant la Révolution mais que celle-ci a renforcé¹.

La confrontation de la notion de police — telle qu'elle apparaît en doctrine et en droit positif — avec ces deux grands principes et avec ceux qui en découlent contribuera à cerner cette notion et à identifier sa forme administrative quant à sa nature, sa place ou ses critères selon le cas.

Chapitre I : La notion de police et le principe de séparation des pouvoirs : police et police administrative.

Chapitre II : La notion de police et le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives : police administrative et police judiciaire.

¹ V. sur ce point J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 332 et s., et M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle*, L.G.D.J., Bib. D. Const. et Sc. pol., T. 48 et la bibliographie citée.

CHAPITRE I

LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE ET LE PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS : POLICE ET POLICE ADMINISTRATIVE

41. — On ne saurait ici présenter un exposé du principe de la séparation des pouvoirs et de la théorie des fonctions de l'Etat, fondée généralement sur ce principe : il existe sans doute autant de conceptions de ce principe et de théories de ces fonctions que de façons de concevoir la police elle-même. Il apparaît même — et c'est ce que nous voudrions montrer — que l'idée que la doctrine se fait de la notion de police, quant à sa nature, son contenu, ses critères ou quant à sa place dans la théorie générale du droit public, dépend essentiellement de la portée que l'on accorde au principe de séparation sur cette théorie des fonctions de l'Etat ou encore de la présentation que l'on donne de ces fonctions².

En effet, le principe de séparation, une fois qu'il eut investi le cadre étatique, a bien provoqué cet éclatement de l'ancienne police de l'Etat en ses trois branches, législative, administrative et judiciaire. Mais, juste après la Révolution, la police administrative n'existait pas encore en tant que notion juridique spécifique : elle se confondait complètement avec l'action de l'Administration Générale (ou la fonction exécutive ou administrative quand cette notion est apparue). Si l'on met à part la « police générale » au sens du XIX^e siècle — laquelle n'était qu'une manifestation particulière et

² Nous ne pouvons évidemment pas passer en revue la totalité des diverses théories des fonctions de l'Etat. Nous ne retiendrons que les seules théories françaises et, au sein de celles-ci, nous ne nous attacherons, plus étroitement encore, qu'à celles qui ont accordé à la police une place, non pas nécessairement importante, mais remarquable, soit qu'elles lui aient fait jouer un rôle central ou au contraire très secondaire, soit qu'elles apparaissent représentatives d'une période essentielle de l'histoire de la notion, soit enfin qu'elles constituent des constructions théoriques originales.

très contestée³ de la « police administrative » —, ce n'était que dans le cadre municipal — non encore affecté par le principe de séparation — que la police revêtait les traits d'une notion véritablement juridique. Puis, quand la commune se fut pleinement intégrée à l'Administration comme collectivité publique décentralisée, la notion de police a perdu de sa netteté : elle n'a plus seulement été « municipale », mais « administrative », celle-ci se réduisant presque à celle-là (à cette nuance près qu'elle intégrait désormais « la police générale ») et prétendant épuiser le tout de la notion de police, alors que l'on reconnaissait par ailleurs l'existence d'une « police judiciaire » et, ici ou là, celle d'une « police législative » et de « polices spéciales ». Mais la doctrine, entretenant une ambiguïté permanente sur les rapports et sur la distinction de ces diverses polices, n'a jamais véritablement cherché ni leur point commun qui pouvait constituer le fond même de la notion de police, ni le critère qui aurait permis de distinguer ces polices des autres activités de l'Etat ou de l'Administration. Seul Hauriou, au début de ce siècle, a tenté, de façon un peu vague, d'élaborer une notion de police qui synthétise et respecte à la fois la diversité de ses formes. Il l'a fait justement en transcendant le principe de séparation et en présentant la police comme un faisceau de « droits de puissance publique » ; mais, dans ce faisceau, il reste difficile de distinguer ce qui caractérise la police par rapport aux autres activités publiques. L'Ecole du Service public a, quant à elle, résolu tous ces problèmes en les niant dans une large mesure, c'est-à-dire en faisant de la police — administrative, municipale ou non — un service public comme un autre. De nos jours, la majorité de la doctrine — qui cependant ne l'étudie généralement pas au sein de la théorie des fonctions de l'Etat — s'entend pour voir dans la police un procédé ou une modalité de la fonction administrative ; mais cette conception implique qu'elle soit par essence administrative, ce qui n'apparaît pas évident. Néanmoins, quelques auteurs se sont efforcés d'en fournir une représentation cohérente — mais, à notre avis, sans y parvenir véritablement —, en l'intégrant dans une construction originale des fonctions de l'Etat et en la définissant précisément comme une fonction, soit de l'Etat, soit de l'Administration.

³ Au moins par R. de CHATEAUBRIAND qui a tenté d'en démontrer l'inutilité ou la nocivité : « Si la charte (de 1814), qui fonde la liberté est suivie, la police générale est sans action et sans but. Si la liberté individuelle est suspendue par une loi transitoire, on n'a pas besoin de la police générale pour exécuter la loi. En effet, si les droits de la liberté constitutionnelle sont dans toute leur plénitude et que néanmoins la police générale se permette les actes arbitraires qui sont de sa nature, tels que suppression d'ouvrages, visites domiciliaires, arrestations, emprisonnements, exils, la Charte est anéantie. La police générale (...) tend à étouffer l'opinion ou à l'altérer : elle frappe donc au cœur le gouvernement représentatif. Inconnu sous l'ancien régime, incompatible avec le nouveau, c'est un monstre né dans la fange révolutionnaire, de l'accouplement de l'anarchie et du despotisme » (*De la monarchie selon la Charte*, op. cit., p. 185).

- Section I - La police comme fonction municipale.
- Section II - La police comme faisceau de droits de puissance publique.
- Section III - La police comme service public.
- Section IV - La police comme procédé de la fonction administrative.
- Section V - La police comme fonction.

SECTION I

LA POLICE COMME FONCTION MUNICIPALE

42. — Alors que la police de l'Ancien Régime se concevait encore de façon unitaire dans le cadre étatique, on ne trouve pas, au lendemain de la Révolution, de théorie générale de la police de l'Etat ou de la police administrative¹. Ces deux notions semblent néanmoins avoir subsisté, mais seulement comme deux nébuleuses juridiques regroupant confusément la quasi-totalité des activités publiques². Seule la police municipale présentait une certaine homogénéité et une certaine spécificité dans la mesure où la commune, personne privée, n'était pas encore intégrée à l'Administration Générale : cette police constituait la transposition dans le cadre communal de la police de l'Etat. A raison de cette relative spécificité, cette forme de la police a monopolisé l'attention de la doctrine au point que, avant que la commune ne devint un organe de l'Administration, elle avait pratiquement éclipsé la « police administrative » comme part de l'ancienne police de l'Etat revenant à l'Administration générale. Ce phénomène a une portée d'autant plus considérable que, dans le même temps, la police municipale commençait à se restreindre et à se démanteler à son tour. Or c'est après avoir subi de telles transformations que la police municipale s'est substituée dans les esprits à l'ancienne notion de « police administrative » et que celle-ci lui a été pratiquement assimilée.

1 Ainsi, p. ex., dans le *Répertoire Dalloz* de 1825, le mot « police » n'est pas en lui-même étudié ; c'est au mot « commune » que l'on décrivait la « police ». En 1905, le *Répertoire Bequet*, s'il consacre une rubrique au mot « police », insère les développements les plus importants relatifs à cette notion sous la rubrique « commune ». Aujourd'hui encore, si le *Répertoire Dalloz* comporte bien une rubrique « police » et une rubrique « police municipale », il ne traite de la police administrative que sous cette dernière, la première étant réservée à l'étude des personnels de police.

2 La police administrative englobait ainsi « toutes les mesures qui doivent servir à accroître le développement moral des individus, le développement matériel de leurs intérêts, c'est-à-dire l'exécution des lois qui organisent et réglementent l'enseignement, les cultes, la santé et l'assistance publique, le commerce, l'industrie, l'agriculture, les impôts, les travaux publics et la facilité des moyens de communication ». Elle recouvrait aussi, bien entendu, la « police générale », notion dont le sens a complètement changé par la suite, puisqu'à cette époque on l'opposait à police municipale. Cette définition est celle du *Répertoire Bequet* (V^e Commune, p. 550, § 1131) dont la rédaction date de 1905 ; mais, comme on le montrera, elle s'applique à la notion de « police administrative » telle qu'on la concevait au cours du XIX^e siècle beaucoup plus qu'à la police administrative telle qu'elle était généralement définie au début de notre siècle, période à partir de laquelle elle a tendu, sauf chez certains auteurs, à se réduire à la police municipale (V. *infra* Titre II, sous-titre I, chapitre I, section II, en particulier n^o 125 et s.).

C'est là sans doute une des raisons de la solution de continuité assez étrange entre la police de l'Ancien Régime et la notion de police administrative contemporaine. C'est notamment ce jeu très complexe de démantèlement, de substitution, d'extrapolation — sur lequel il nous faudra constamment revenir — qui explique les difficultés actuelles de la notion de police et les divergences doctrinales à son propos.

Pour toutes ces raisons, il importe de brosser un bref tableau de la police municipale telle qu'elle se présente au XIX^e siècle ou, de façon relativement plus précise, jusqu'au deuxième tiers de ce siècle environ : quelle est la spécificité de cette fonction municipale par rapport aux pouvoirs de l'Etat ? (§ 1). Comment peut-on rendre compte de son homogénéité ? (§ 2).

§ 1. LA SPECIFICITE DE LA FONCTION DE POLICE MUNICIPALE PAR RAPPORT AUX POUVOIRS DE L'ETAT

Cette spécificité tenait à ce que la police municipale, inclassable dans l'un des trois pouvoirs de l'Etat, pouvait être considérée comme un « quatrième pouvoir », ainsi que l'a montré Henrion de Pansey³. On doit donc rechercher, d'une part, les fondements de cette spécificité (A) et, d'autre part, ses manifestations dans le droit positif (B).

A. LES FONDEMENTS DE LA SPECIFICITE

43. — On discute encore du point de savoir sur quels fondements a pu reposer la reconnaissance par l'Etat révolutionnaire d'une spécificité de la commune et des affaires municipales⁴. Presque tous les courants de pensée qui se sont confrontés au cours de la période révolutionnaire ou qui se sont succédés de la Révolution à la Restauration se sont efforcés de démontrer que les communes constituaient, historiquement et naturellement, des communautés d'intérêts particuliers « impliquant la reconnaissance d'un pouvoir propre, distinct de l'administration publique »⁵. Les objectifs politiques de ces courants de pensée étaient certes radicalement différents les uns des autres — pour certains, les communes devaient être des « écoles de patriotisme »⁶, pour d'autres, elles devaient être des sphères

3 *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, 1^{re} éd., 1822. Nos citations sont extraites de la 4^e édition qui date de 1840.

4 V. L.J. CHAPUISAT, *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, Thèse Paris II, 1972 ; F. BURDEAU, *Affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'Ancien Régime à la Restauration*, in Mél. BURDEAU, p. 765 ; V. aussi C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, 1948, et Y. MÉNY, *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français 1945-1969*, 1974.

5 F. BURDEAU, article précité, p. 772.

6 TARGET, Ass. Nat. 11 novembre 1789, cité par F. BURDEAU, *ibidem*.

préservées des errements révolutionnaires⁷ — ; mais c'est le fonds commun de ces mouvements d'idées (1°) que le législateur puis le constituant ont consacré (2°), dans une certaine mesure du moins.

1° *L'affirmation politique d'une spécificité historique et sociologique du pouvoir municipal*

44. — Les deux idées fondamentales de ces courants de pensées sont que la commune est une association de type naturel, familial, paternel, domestique et privé, et que le pouvoir municipal, quoique soumis aux pouvoirs de l'Etat, en est cependant indépendant. C'est cette double idée que l'on retrouve sous la plume d'Henrion de Pansey : « Quoique (...) au dessous des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ce quatrième pouvoir est cependant le plus ancien de tous. C'est en effet le premier dont le besoin se soit fait sentir ; il n'y a pas de bourgade qui à l'instant même de sa formation n'ait reconnu la nécessité d'une administration intérieure et d'une police locale »⁸. « Les citoyens, considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leur réunion sur un même point tel qu'une ville, un bourg, un village, forment des communes (...). Les membres de ces associations étaient donc conduits, par la force des choses, à réunir en une seule volonté toutes les volontés individuelles ; à confier à ceux d'entre eux qu'ils en convenaient les plus dignes, le droit exclusif de concourir à l'administration du patrimoine commun ; en un mot, à se choisir des *mandataires* qui agissent pour eux, en leur nom et surtout dans leur intérêt (...). Le mandat qui confère à un petit nombre l'administration des affaires communes doit donc aussi leur imposer l'obligation de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police (...) ». De ces origines historiques du pouvoir municipal, l'auteur déduisait que ce pouvoir « n'est pas une création de la loi : il existe par la seule force des choses ; il est parce qu'il ne peut pas ne pas être » ; il en déduisait également une différence de nature entre le « pouvoir municipal » et le « pouvoir administratif » : « de ces deux pouvoirs, l'un n'est autre chose que l'autorité du père de famille, l'autre est une branche du pouvoir exécutif ; l'un n'établit que des rapports domestiques, l'autre n'agit que dans l'intérêt de l'ordre public (...) »⁹. Ce sont des idées tout à fait analogues que des hommes aussi différents que Thourer, Romme,

7 HENRION DE PANSEY, qui a été premier président de la Cour de Cassation, peut être tenu comme l'un des représentants de ce courant.

8 *Op. cit.*, p. 1.

9 *Op. cit.*, p. 29-30 (souligné par nous), p. 38 et p. 174. Il faut relever que, dans l'esprit de l'auteur, « l'ordre public » et l'ordre de la vie locale sont deux notions distinctes et que la police municipale, à la différence du « pouvoir administratif » — ou de la « fonction exécutive » ou « administrative », c'est-à-dire, à l'époque, de la « police administrative » — ne repose pas sur « l'ordre public ».

Cambacères, Saint-Just, Robespierre, Royer-Collard, Vivien, par exemple, ont émises à ce propos¹⁰.

Les textes révolutionnaires ont, implicitement ou explicitement, retenu une telle conception du pouvoir municipal, même si, par la suite, celle-ci n'a pas toujours prévalu en droit.

2° *La consécration par les textes d'un pouvoir municipal distinct des pouvoirs de l'Etat*

45. — 1. Il a fallu attendre l'An III pour qu'un texte constitutionnel fasse de la commune un organe véritable de l'Administration en consacrant l'existence d'une administration locale, distincte toutefois de l'Administration générale. Mais, en 1791, la spécificité du pouvoir municipal restait encore entière : de façon très significative, la Constitution du 3 septembre traitait des communes à propos de « l'état des citoyens » (Titre II) ; et si l'« Administration intérieure » faisait partie des « pouvoirs publics » (Titre III, Chapitre III, Section II), les communes n'étaient pas rangées parmi les organes de cette « Administration intérieure ». Cette exclusion était logique dès lors que la constitution n'entendait ici se préoccuper que des pouvoirs publics, et que les communes étaient considérées comme des groupements essentiellement privés¹¹. En toute hypothèse, le caractère

10 Pour THOURER, « Les municipalités sont soumises aux pouvoirs [publics], mais (...) elles n'en font pas partie » (Ass. Nat. 9 nov. 1789) ; M. F. BURDEAU qui rapporte ces propos cite également d'autres hommes politiques comme ROMME, Montagnard, pour qui « les habitants d'une même commune ont une volonté indépendante de la volonté générale » ; « CAMBACÈRES, à la Convention, le 20 mai 1793, évoque « les intérêts et besoins particuliers qui forment l'origine du pouvoir municipal » ; SAINT-JUST s'adressant le 24 mai 1793 à la Convention estimait aussi : « Si vous tenez à examiner la municipalité dans sa nature, elle est une administration populaire, paternelle et domestique ; cette administration est pour ainsi dire étrangère au Gouvernement. C'est le peuple en famille qui règle ses affaires » ; ROBESPIERRE disait également aux conventionnels le 10 mai 1793 : « Laissez aux communes le pouvoir de régler leurs propres affaires et tout ce qui ne tient pas essentiellement à l'administration générale de la République » (cité par F. BURDEAU, article précité, p. 774) ; pour ROYER-COLLARD, « la commune est comme la famille avant l'Etat ; la loi politique la trouve, elle ne la crée pas (cité par Répertoire Bèquet, Vo Commune, p. 450, n° 257) ou encore : « Partout où il y a un certain nombre d'habitations voisines, il y a des intérêts communs de sûreté, de commodité, de salubrité, souvent de propriété : ce sont ces intérêts, entièrement distincts des intérêts généraux, qui forment la commune » (Chambre des Députés, 13 avril 1818, cité par F. BURDEAU, *op. cit.*, p. 784) ; selon VIVIEN, « la nature même de cette fonction [de police municipale] ne permettrait pas de la considérer comme une simple délégation du Gouvernement (...) ; le droit de police locale n'est pas une concession de la puissance publique ; il a sa source dans cette règle de droit naturel qui autorise tous les individus et par conséquent les corporations d'habitants à veiller à leur conservation » (Rapport à la Chambre des députés sur la loi du 18 juillet 1837, cité par PERRINJAQUET, *op. cit.*, p. 66 et s.).

11 V. en effet le Titre II de la constitution du 3 septembre 1791 : « De la division du Royaume et de l'état des citoyens » : art. 1^{er} : « Le Royaume est un et indivisible : son territoire est distribué en 83 départements, chaque

propre de ce pouvoir municipal résultait bien déjà des termes dans lesquels la Constituante, par le décret du 14 décembre 1789, avait investi d'une autorité légale les municipalités qui s'étaient spontanément constituées pendant la « Révolution municipale » de l'été 1789¹².

2. Sans doute la notion de « fonctions propres au pouvoir municipal » fut-elle par la suite contestée : pour Miriel, par exemple, l'expression était une « sorte de lapsus », « un mot malheureux échappé de la plume du rédacteur du décret de 1789 » ; à son sens, la police n'était qu'un « pouvoir décentralisé »¹³. En réalité, ceci ne devint vrai qu'à partir de la loi du 5 avril 1884 ; et l'interprétation par cet auteur du décret de 1789 apparaît tout à fait erronée quand on sait que, au contraire, le texte exprimait parfaitement le fond même de toutes les convictions de l'époque. La police municipale de la période révolutionnaire était plus que décentralisée, la notion de décentralisation supposant une centralisation antérieure, ou, à tout le moins, une attribution par le centre au profit d'organes périphériques d'un pouvoir lui appartenant en propre jusque-là et de même nature que les siens. La centralisation fut opérée en partie, pour des raisons circonstanciées, par la loi du 14 frimaire An II et surtout, pour des raisons plus profondes, par les textes du Consulat¹⁴. Ce n'est qu'à partir de la loi du 18 juillet 1837 qu'on peut à la rigueur avancer l'idée de décentralisation à propos de la police

département en districts, chaque district en cantons ». Les communes ne sont donc pas mentionnées ; art. 8 : « Les citoyens français, considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leur réunion dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les communes ». Ce sont donc les citoyens eux-mêmes qui forment les communes ; et celles-ci ne constituent pas des circonscriptions de l'administration, même décentralisées. Toutefois, l'article 9 (*in fine*) précisait : « Il pourra être délégué aux officiers municipaux quelques fonctions relatives à l'intérêt général de l'Etat ». Pour l'état du droit à partir de l'An III, V. la constitution du 5 fructidor, art. 174 et s.

12 « Les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'Etat et déléguées par elle aux municipalités » (art. 49). Parmi les « fonctions propres au pouvoir municipal », le célèbre article 50 du décret législatif cite « le soin de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté dans les rues et édifices publics ». Le texte spécifiait aussi que « les municipalités (...) sont les maîtresses de la force publique et disposent des pouvoirs de police sans aucun contrôle de l'autorité centrale » (cité par BÉDIER, *op. cit.*, p. 62). Ces fonctions sont propres au pouvoir municipal, en concluait HENRION de PANSEY, parce qu'elles sont de son essence, de sa nature » (*op. cit.*, p. 180). Elles constituent l'exercice de droits dont les communes sont titulaires (sur cette idée, V. aussi TCHERNOFF, *Le pouvoir réglementaire des maires*, Thèse Paris, 1899).

13 *Op. cit.*, p. 13 et 26 notamment.

14 V. F. BURDEAU (article précité). Sur l'évolution de l'organisation des administrations locales, V. G. SAUTEL, *Histoire des institutions*, 2^e éd., 1970 ; sur l'évolution du fondement du pouvoir municipal, V. DUCUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1924, T. IV, p. 731 et R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. II, p. 184.

municipale¹⁵. Mais, pour que cette idée apparût pleinement pertinente, il aurait fallu que la police municipale eût déjà acquis la même nature que les pouvoirs de l'Etat. Or l'assimilation de nature ne s'est produite que plus tard, vers la fin du XIX^e siècle ; et, jusqu'à cette période, le droit positif attestait bien la spécificité de la police municipale.

B. LES MANIFESTATIONS DE LA SPÉCIFICITÉ

Jusqu'au cœur du XIX^e siècle, la spécificité de la police municipale par rapport aux pouvoirs de l'Etat apparaît certaine sur le double plan de sa nature et de son régime dans la mesure où elle est imputée à une personne privée, la commune (1^o) ; mais, à partir de cette époque, cette spécificité s'est de plus en plus atténuée (2^o).

1^o Les conséquences du caractère privé de l'association communale

46. — 1. Dès lors, tout d'abord, que les activités de la commune, même policières, n'étaient pas considérées comme celles d'une autorité administrative, le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives n'interdisait pas aux tribunaux judiciaires de connaître de ces activités. Toute personne lésée dans son patrimoine par un acte quelconque de la police municipale était donc recevable devant le juge judiciaire à actionner la commune, sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, alors que la puissance publique était en principe irresponsable en tant que telle devant l'un ou l'autre ordre juridictionnel¹⁶. Quant aux actions en

15 Alors en effet que le projet gouvernemental de la loi de 1837 considérait les attributions de police municipale comme étant déléguées par l'Etat et par conséquent exercées en son nom, le rapporteur à la Chambre des Députés, VIVIEN, qui fut suivi sur ce point par le législateur, critique avec force toute idée de délégation ; « il développa à cette occasion une théorie voisine de celle de THOURET et de TARGET en reproduisant à peu près les formules d'HENRION de PANSEY » (PERRINJAQUET, *op. cit.*, p. 66 et s.). L'article 10 de cette loi disposait ainsi : « Le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure [et non sous l'autorité] : 1^o De la police municipale, de la police rurale et de la voirie municipale et de pourvoir à l'exécution des actes de l'autorité supérieure qui y sont relatifs ». La formule a été reprise par l'article 91 de la loi du 5 avril 1884 (article 96 du Code de l'Administration communale, article L. 131-1 du Code des communes).

16 V. PERRINJAQUET, *op. cit.*, not. p. 85 ; MICHOU, *La responsabilité des communes*, R.D.P., 1897, T. I, p. 47 et s. ; R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, L.G.D.J., coll. Dr. Pub., T. 8, § 48 not. V. aussi F. KOECHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, thèse Paris, 1950, et H.E. KOECHLIN, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'An VIII à 1873*, L.G.D.J., coll. Bib. Dr. Pub., T. 12. La nature privée de la commune du début du XIX^e siècle a quelquefois été contestée par les auteurs contemporains (notam. M. CHAPUS, *op. cit.*, p. 67). Cependant, DUCROCQ, en 1869, parlait encore de « l'association communale » dans son *Cours de Droit administratif* (3^e éd., p. 100, § 109) et, ainsi que le montrent MM. AUBY et DRAGO (*op. cit.*, § 334, note 22), la doctrine de

illégalité, un recours non juridictionnel était ouvert — comme pour les actes strictement « administratifs » — devant « l'administration supérieure », soit pour faire « réformer ou modifier » un arrêté municipal, soit pour le faire simplement annuler, selon le droit tutélaire applicable à l'époque¹⁷. De toute façon, le contrevenant à un tel arrêté pouvait, depuis 1810, exciper de son illégalité devant le juge judiciaire en montrant qu'il n'avait pas été pris « dans l'ordre légal des fonctions municipales » ou qu'il ne rentrait pas « dans les objets confiés à la vigilance ou à l'autorité des administrations municipales »¹⁸. C'est l'existence de ce « recours parallèle » que le Conseil d'Etat a invoquée pendant longtemps pour déclarer irrecevables les recours pour excès de pouvoir formés contre les arrêtés municipaux¹⁹ et ²⁰.

2. Une autre conséquence de l'autonomie du pouvoir municipal par rapport aux pouvoirs séparés de l'Etat tenait justement à ce que les officiers municipaux s'étaient vus « investis », par les lois des 16-24 août 1790 et des 19-22 juillet 1791, « de la plénitude de la police municipale », ce qui signifie qu'ils « en exerçaient tout à la fois la partie réglementaire et la partie contentieuse et faisaient exécuter comme juges ce qu'ils avaient ordonné comme administrateurs »²¹ : la fonction de police municipale, encore unitaire, échappait

l'époque expliquait la compétence judiciaire par le caractère privé de la commune.

17 Sur l'évolution des règles relatives à la tutelle sur les actes de police municipale, V. MIRIEL, *op. cit.* Sur la théorie du ministre-juge, V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 530 et s. et J. CHEVALIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., 1970, coll. Bib. Dr. Pub., T. 97.

18 Cass. 3 août 1810, concl. MERLIN, « Questions de droit », 4^e éd., 1829, Préfet T. XI, p. 358 ; V. aussi la formule de l'arrêt Cass. 23 avril 1819 cité par HENRIOT de PANSEY, *op. cit.*, p. 232. V. PELLETIER, *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge judiciaire*, 1952 ; CATHALA, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, 1966, et J. CASTAGNE, *op. cit.*

19 V. BLAEVOET, *Des recours juridictionnels contre les mesures de police*, thèse Paris, 1908 ; l'admission du recours pour excès de pouvoir contre les actes de police municipale s'est faite à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, notamment par les arrêts C.E. 5 mai 1865, *de Montailleux*, et 25 mai 1870, *Lesage-Goetz* (voir L. MORGAND, *La loi municipale*, 10^e éd., 1923, T. I, p. 721, § 828, note 1). Sur le développement du recours pour excès de pouvoir en général, V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 998 et s.

20 Il faut également noter cette différence entre l'acte de police municipale et « l'acte d'administration » : selon E.V. FOUCAUT, professeur de droit administratif à Poitiers et annotateur de la 4^e édition de l'ouvrage de HENRIOT de PANSEY (1840), l'acte d'administration était exécutoire par lui-même et exécutable d'office (à cette époque ces deux dernières notions ne se distinguaient pas comme de nos jours) ; or, le maire, face à une violation de l'un de ses arrêtés de police, ne pouvait, « sauf circonstances exceptionnelles », que traduire le contrevenant devant le juge judiciaire afin de donner « force exécutoire » à son arrêté : « agir autrement, estimait l'auteur [aurait été] confondre les pouvoirs judiciaire et administratif » (in *Du pouvoir municipal...*, p. 303).

21 HENRIOT de PANSEY, *op. cit.*, p. 241. Dans le même sens, v. note A. MESTRE sous Cass. prim. 23 mai 1901, S. 1902, I, p. 377. L'intégration partielle de la fonction juridictionnelle dans la police municipale ressortait de l'appel-

paît donc encore en partie au principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, lequel n'était destiné à s'appliquer qu'aux pouvoirs publics de l'Etat.

3. L'autonomie de cette fonction municipale se manifestait enfin sur un dernier point, fondamental, qui, pendant longtemps — surtout au début du siècle, alors que l'origine en avait été semble-t-il oubliée —, a constitué une source inépuisable d'étonnement : dès lors qu'il ne s'agissait pas initialement d'un pouvoir administratif, la police municipale n'était pas non plus totalement assujettie au principe de séparation des pouvoirs législatif et exécutif : par suite, alors que ce principe impliquait normalement l'interdiction pour les autorités administratives d'exercer un pouvoir réglementaire — au moins autonome —, les autorités municipales étaient en droit de prendre des actes normatifs, généraux et impersonnels, qui, comme des lois, pouvaient restreindre par eux-mêmes les libertés. C'est la raison pour laquelle on pouvait dire que le règlement de police municipale, bien qu'étranger par nature au système normatif de l'Etat et néanmoins soumis à la loi — comment aurait-il pu en être autrement ? — « particip[ait] de la nature de la loi »²². On affirmait même : « le règlement de police est une véritable loi locale »²³ ; « il n'y a pas de monarque qui ait un pouvoir aussi large que le maire sur toutes choses ; il est vraiment un législateur au petit pied »²⁴.

La police municipale constituait donc bien une fonction spécifique. Dans sa globalité, elle ne s'analysait nullement comme une forme de la « police administrative » ou de la fonction administrative. Au contraire, à son rang et selon des degrés divers, elle participait, d'une certaine façon, à chacune des fonctions de l'Etat, fonction législative, fonction judiciaire et fonction administrative (puisque les autorités municipales, comme les autorités administra-

tion même des institutions : dans l'organisation résultant de la loi des 16-24 août 1790, le corps municipal tout entier, siégeant en « tribunal de police municipale », était compétent pour juger les contrevenants aux actes de police ; dans celle résultant de la loi des 19-22 juillet 1791, qui précisait aussi certaines règles de procédure judiciaire en matière de « police municipale » et « correctionnelle », « le tribunal de police municipale » ne fut plus constitué que de trois, cinq ou neuf officiers municipaux selon le chiffre de la population, annonçant par là l'institution d'une juridiction particulière ; mais, même après que les juges de paix eussent été créés par la loi du 3 brumaire an IV, le premier président de la Cour de Cassation écrivait encore que ceux-ci étaient « investis de deux sortes de police : l'une connue sous la dénomination générale de simple police, l'autre sous la dénomination particulière de police municipale » ; il estimait également que dans l'exercice de la « partie contentieuse » de la police municipale, ces juges de paix, bien qu'autorités judiciaires, « n'agiss[aient] que comme substitués à ces officiers municipaux » (*op. cit.*, p. 240).

22 E.V. FOUCAUT, *op. cit.*, p. 302.

23 Répertoire Béquet, V^e Police, p. 263. V. aussi HAURIOU, *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 62 ; FAUSTIN-HÉLIE : « Un arrêté de police est une véritable loi locale » (*Théorie du droit pénal*, T. VII, p. 2802, cité par BLAEVOET, *op. cit.*, 91).

24 BLAEVOET, *op. cit.*, p. 91.

tives, conservaient de toute façon le pouvoir de rappeler les citoyens à l'exécution des lois); mais elle n'était pas vraiment un pouvoir de l'Etat et, dans son ensemble, elle ne pouvait être assimilée à l'une des branches ou à l'un des procédés de chacune de ces fonctions : c'est à la fois de cette participation et de cette irréductibilité qu'elle tenait sa spécificité, aujourd'hui oubliée : elle était, dans l'Etat, une sorte assez singulière de pouvoir d'Etat local, très complet, mi-privé, mi-public²⁵ et²⁶.

Mais un certain nombre de phénomènes ont contribué à atténuer cette spécificité.

2° L'atténuation de la spécificité de la police municipale.

47. — La publicisation et l'intégration progressives de la police municipale dans la structure juridique étatique ont contribué peu à peu à en faire une forme de la police administrative.

1. Du point de vue de son fondement, d'abord, on note dès cette époque le recours de plus en plus fréquent à l'idée de puissance publique pour expliquer que les autorités municipales puissent de plein droit imposer une conduite donnée à des particuliers qui n'étaient pas, en la forme, parties à un véritable contrat d'association communale²⁷. En outre, plutôt que de chercher exclusivement à expliquer l'origine du pouvoir municipal et à fonder son autonomie relative vis-à-vis de l'Etat, la doctrine libérale commençait surtout à se préoccuper de trouver les moyens théoriques et pratiques permettant de limiter le pouvoir en général et, en particulier, le pouvoir de police municipale : ainsi, affirmer dès cette époque qu'il était « un pouvoir subsidiaire aux lois générales »²⁸ contribuera plus

tard à en faire un simple pouvoir d'exécution de la loi, c'est-à-dire une forme du pouvoir administratif ou de la fonction administrative. Mais à cet égard on voit poindre, dès le milieu du XIX^e siècle, une ambiguïté essentielle quant à la nature et au régime de la police municipale, puis de la police administrative dans son ensemble, ambiguïté qui a perduré par la suite sous une autre forme mais qui n'a jamais été véritablement éclaircie : la notion de « fonctions propres » ou de « pouvoirs propres » signifiait initialement deux choses : d'une part, que cette fonction ou ce pouvoir appartenait en propre, par nature et à raison de son objet, aux municipalités et non à l'Etat ou à l'Administration générale; d'autre part, que le fondement de cette fonction ou de ce pouvoir ne procédait pas vraiment de la loi, mais de l'existence d'une association communale quasi privée : en ce sens, le pouvoir était autonome par rapport à la loi. Or, plus tard, quand des lois sont intervenues de plus en plus fréquemment dans des « objets confiés à la vigilance des autorités municipales », quand l'Administration générale s'est à son tour immiscée, de diverses façons, dans ces objets, quand la commune a été considérée comme un organe décentralisé de l'Administration et la police municipale comme une manifestation de la fonction administrative, la notion de « pouvoirs propres » s'est restreinte à sa seconde implication. Mais, en même temps, l'existence de tels pouvoirs devenait tout à fait anormale puisque la police municipale, en tant que forme du pouvoir administratif, n'aurait plus dû, désormais, disposer d'un pouvoir normatif autonome vis-à-vis de la loi. La spécificité de la police tendait donc à changer de nature ou d'origine : elle ne désignait plus un pouvoir par essence municipal — puisque la police générale lui était comparable sur ce point — mais un pouvoir semblant être par essence en mesure de se dispenser d'une loi d'habilitation expresse pour s'exercer.

2. En second lieu, cette spécificité s'est vue de plus en plus compromise au cours du XIX^e siècle par le fait que les problèmes de police, se posant souvent dans des conditions identiques d'une commune à l'autre, ont déjà été réglés dans le cadre du département ou de l'Etat : ainsi, le Directoire avait déjà pris un arrêté sur les « mesures de précaution à prendre pour prévenir les incendies dans les théâtres » (1^{er} germinal an VII); d'autres textes, comme le décret impérial du 15 octobre 1810 et les ordonnances royales des 14 janvier et 29 juillet 1818 relatifs à « la réglementation des manufactures et ateliers qui répandaient une odeur insalubre ou incommode », « associaient » les maires, comme l'expliquait Henri de Pansey, au « pouvoir administratif »²⁹; des « règlements locaux de police sanitaire » institués par la loi du 3 mars 1822 pouvaient être pris par le chef de l'exécutif³⁰. En dehors de toute loi de police spéciale, celui-ci exerçait déjà un pouvoir propre de police dans des matières

²⁹ *Op. cit.*, p. 350.

³⁰ Voir HAURIU, *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., 1897, p. 50.

²⁵ On doit rappeler ici ce que souhaitait SIEYES au début de la Révolution : « Il faut (...) aux municipalités un conseil et une gestion qui remplacent pour les affaires particulières et représentent le pouvoir exécutif et législatif » (*Quelques idées de constitution appliquées à la ville de Paris*, juillet 1789, p. 2 et s., cité par F. BURDEAU, article précité, p. 772). Il faut aussi, avec ce dernier auteur (*ibidem*) rappeler que « BRISSOT dans son « Plan de constitution municipale pour la ville de Paris, BANGAL des ISSARTS dans la déclaration lue à l'assemblée des représentants de la Commune de Paris le 11 novembre 1789 entendaient accorder aux communes, au nom de la nature, un véritable pouvoir constituant ».

²⁶ V. L. ROZER qui décrivait la police municipale comme « un pouvoir à la fois public et privé qui réunit l'autorité du magistrat à celle du père de famille (in du *Pouvoir municipal*, *op. cit.*, p. 457). R. CARRÉ de MALBERG écrivait encore : « Les fonctions de police municipale ont un caractère mixte et sont à la fois fonction communale et fonctions d'Etat ». (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. I, p. 180).

²⁷ « Il fallait que le législateur, quoique étranger à ces sortes de pactes, se les appropriât pour ainsi dire et que, les faisant sortir de la classe des conventions privées, il leur imprimât le caractère et leur donnât l'efficacité des actes émanés de la puissance publique (HENRION de PANSEY, *op. cit.*, p. 188); V. aussi R. CARRÉ de MALBERG, *op. cit.*, T. I, p. 184 et 187; M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, p. 32 et s.

²⁸ HENRION de PANSEY, *op. cit.*, p. 40.

municipales³¹, si bien qu'il était de plus en plus difficile de distinguer la police municipale de la police générale, des polices spéciales ou de la police administrative³²; cela d'autant plus que certains textes, à l'inverse, associaient les autorités municipales à des activités de « police générale », au sens où l'on comprenait cette notion³³. La tendance générale a donc été dans le sens d'une restriction du champ propre de la police municipale comme le notait déjà E.V. Foucart³⁴, phénomène encore accentué par le développement du pouvoir de substitution qu'Henrion de Pansey considérait encore comme une immixtion induite du « pouvoir administratif » dans le pouvoir municipal³⁵.

Bien que s'étant restreinte peu à peu tout au long du XIX^e siècle, la police municipale était encore une notion extrêmement large, ce qui soulève le problème de son homogénéité.

§ 2. L'HOMOGENÉITÉ DE LA FONCTION DE POLICE MUNICIPALE

On ne saurait nettement isoler, parmi les critères classiques d'identification des notions, celui d'entre eux susceptible de constituer le principe d'une définition de la police municipale (A). Cet échec relatif nous conduira donc à la définir simplement comme une fonction globale d'ordre local (B).

A. L'ÉCHEC DES CRITÈRES CLASSIQUES D'IDENTIFICATION DES NOTIONS

48. — Ces critères classiques sont, on le sait³⁶, de deux sortes : ils s'attachent soit aux organes ou aux procédés — critères for-

31 Voir l'ordonnance royale du 27 septembre 1821 concernant la « police de l'hygiène » prise, dit-on généralement, sur le fondement de l'article 14 de la Charte.

32 Ainsi, FOUCART, constatant le développement du pouvoir réglementaire du Roi, pouvait écrire : « Tout le monde reconnaît bien que la police générale est confiée au Roi qui l'exerce par ses ministres responsables. Mais jusqu'où s'étend la police générale ? Où commence la police municipale ? La ligne de démarcation est difficile à tracer » (*op. cit.*, p. LV).

33 Voir le décret législatif des 19-22 juillet 1791 « relatif à l'organisation d'une police municipale » qui prescrivait aux communes d'établir la liste des gens sans aveu qui peuplent les villes et [d']édicter contre ceux qui prendraient part à des troubles des peines particulièrement sévères.

34 « La commune forme une société qui a des intérêts à elle propres ; mais ces intérêts, beaucoup moins étendus qu'autrefois, se bornent, sous le rapport du droit public, à quelques points de police locale » (*op. cit.*, p. LII).

35 *Op. cit.*, p. 180. Sur le développement du pouvoir de substitution, V. E. MIRIEL qui le justifiait de la façon suivante : « La nécessité de centraliser la police s'impose aujourd'hui car le maire pour arriver à se maintenir a dû (...) depuis que la loi Goblet en a fait l'élu du conseil municipal [loi du 28 mars 1882] s'attacher une clientèle électorale, les intérêts généraux en ont fait les frais (...) ; on parle du krach de la simple police ; il n'est que trop réel » (*op. cit.*, p. 2).

36 V. p. ex. : G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E., 1954, p. 27.

mels —, soit aux objets ou aux buts de l'institution — critères matériels.

1. — La police municipale du XIX^e siècle ne peut pas, tout d'abord, être définie par les organes compétents pour l'exercer : les autorités municipales n'étaient pas chargées que de la police, mais aussi d'autres fonctions : celles qui, selon les textes, étaient exercées non pas simplement, comme la police municipale, « sous la surveillance des corps administratifs », mais sous leur « autorité » ; d'autre part, les autorités municipales n'étaient pas les seules à l'exercer car, en cas de substitution, les préfets remplissaient bien ces mêmes fonctions au nom des autorités locales défaillantes. Très tôt également, on vient de le voir, le chef de l'exécutif a pu prendre des règlements dans des domaines normalement propres aux communes.

— Les types de procédés utilisés pour remplir cette fonction s'avéraient des plus variés, et le pouvoir réglementaire n'épuisait certainement pas la compétence des autorités : elles pouvaient aussi exécuter ou faire exécuter certains actes matériels ; elles avaient aussi compétence pour enjoindre³⁷, saisir³⁸, requérir³⁹, inspecter⁴⁰, recenser⁴¹, arrêter⁴², poursuivre ou sanctionner pénalement⁴³ ; elles pouvaient encore fixer la taxe de certaines denrées comme la viande et le pain⁴⁴, tenir les registres des mercuriales,

37 Nous prendrons les exemples tirés du « décret » du 12 messidor an VIII, Section III, « de la police municipale » dans laquelle sont réunies, d'après HENRION DE PANSEY, « toutes les règles de cette importante matière : « Les règles éparses dans différentes lois, rapportées dans ce décret, forment un ensemble qui en rend l'intelligence plus facile et l'application plus sûre. Tous les maires, conseillaient-il, doivent donc connaître ce décret », bien qu'il concerne le préfet de police (*op. cit.*, p. 202). Ainsi, par exemple, en cas d'inondation, le maire pouvait ordonner « les mesures de précaution, telles que déménagement des maisons menacées, rupture de glaces (...) » (art. 24, al. 4) ; il pouvait « ordonner la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine » (art. 21, dernier alinéa).

38 Le maire pouvait « saisir ou détruire dans les halles, marchés, boutiques, chez les bouchers, boulangers, marchands de vin, brasseurs, limonadiers, épiciers, droguistes, apothicaires ou tous autres, les comestibles ou médicaments gâtés, corrompus ou nuisibles » (art. 23 dernier al.). Il pouvait « saisir » également « les balances, poids et mesures... qui n'étaient pas exacts ou étalonnés » (art. 26, 1^{er} al.) (V. aussi art. 31).

39 En cas d'incendie, le maire pouvait requérir « les ouvriers charpentiers, couvreurs, (...) la force publique et en déterminer l'emploi » (art. 24, al. 2).

40 Le maire pouvait inspecter les magasins, boutiques et ateliers des orfèvres et bijoutiers pour assurer la marque des matières d'or et d'argent et l'exécution des lois sur leur garantie » (art. 26, 2^e al.) ; il pouvait aussi « inspecter les marchés, ports, lieux d'arrivage des comestibles, boissons et denrées dans l'intérieur des villes » (art. 33).

41 V. ci-dessus à propos du décret des 19-22 juillet 1791, note 33.

42 « Il empêchera qu'on ne laisse vaguer des furieux, les insensés » (art. 22, al. 8).

43 V. la loi des 16-24 août 1790 qui donnait aux officiers municipaux le droit d'exercer la « partie contentieuse » de la police municipale.

44 V. la loi des 19-22 juillet 1791. Pour un historique de cette question, V. notam. DUCROCO, *Cours de droit administratif*, 3^e éd., 1869, p. 98, § 108, et

exiger « la représentation des patentes des marchands forains » ou « domiciliés »⁴⁵, lever des impôts pour faire face aux condamnations civiles prononcées contre les communes en cas de responsabilité de celles-ci pour les dommages causés par les émeutes⁴⁶. Elles avaient ainsi à leur disposition la quasi totalité des types de procédés imaginables : préventifs, répressifs, réglementaires ou non, matériels, normatifs, permissifs, fiscaux, etc.

2. — Ces compétences et ces procédés portaient sur une infinité d'objets, dont on ne doit pas chercher le caractère commun ailleurs que dans leur intérêt communal. De nos jours, cependant, ces objets relèvent d'autres notions que l'on distingue de la police, même municipale : l'autorité de police municipale était « chargée de tout ce qui a rapport à la petite voirie », et en particulier « d'empêcher que personne ne commette de dégradation (...) à la voie publique » ; elle devait « veiller à ce que personne n'altère ou dégrade les monuments et édifices publics appartenant à la nation ou à la cité »⁴⁷, autant d'activités dont on considère qu'elles relèvent aujourd'hui de la police de la conservation. C'est encore dans le cadre de la notion de police municipale, et non des travaux publics, que le maire faisait éclairer, arroser, balayer, sabler les voies publiques⁴⁸. De même lorsqu'il instituait, organisait ou faisait surveiller le « bureau des nourrices », « les bains publics », « les écoles de natation », les monts de piété, les prisons, le corps de sapeurs-pompier⁴⁹, il agissait au titre de ses missions de police municipale mais n'exerçait aucune mission d'aide sociale ou de service public, puisque ces notions n'existaient pas encore comme catégories juridiques spécifiques. S'il existait, par contre, de véritables réglementations professionnelles ou économiques, elles n'étaient pas non plus conçues comme des notions distinctes de la police municipale, puisque l'autorité locale avait « la police de la bourse » et celle des « lieux publics où se réunissent les agents de change, courtiers, échangeurs et ceux qui négocient et trafiquent sur les effets publics » ; de même, elle pouvait « surveiller spécialement (...) les magasins de charbons, les marinières, les ouvriers, les blanchisseurs, les cochers, les fripiers, les brocanteurs ou les prêteurs sur gage (...) »⁵⁰. La police municipale n'était donc pas limitée dans ses objets : ils touchaient à tout ce qui intéresse l'ordre de la cité.

concl. ROMIEU sur C.E. 31 juillet 1903, PICARD et LEFORT (2 esp. Rec., p. 584 et s.).

⁴⁵ Voir les art. 27, 28 et 30 du « décret » du 12 messidor an VIII.

⁴⁶ V. le décret de l'Assemblée nationale des 23-26 février 1790, repris par la loi du 10 vendémiaire an IV cité par J. BÉDIER, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁷ Voir les art. 21, 22, 34 du « décret » précité.

⁴⁸ Art. 22. Cependant, ces activités, encore actuellement, sont quelquefois rattachées à la police municipale (V. infra, Titre II, Sous-titre II, Chapitre I, « Police administrative et travail public », n° 200 et s., en particulier n° 219, note 31).

⁴⁹ Voir les art. 24 et 32 du « décret » du 12 messidor an VIII.

⁵⁰ Voir les art. 25 et 32 du « décret » précité.

— Il faut également renoncer à rechercher dans les buts de cette police un quelconque critère précis d'identification. Sans doute, les textes du 14 décembre 1789, des 16-24 août 1790, indiquaient-ils que « les avantages d'une bonne police » consistent dans « la propreté, la salubrité, la sûreté et la tranquillité des rues, lieux et édifices publics », mais celui de 1789 introduisait cette énumération par l'adverbe « notamment » qui fut repris par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884. Ainsi, cette liste n'était nullement limitative ; et, dans les textes du début du XIX^e siècle, on relève bien d'autres buts assignés à la police municipale. Il faut citer entre autres : « la sûreté du commerce », « la libre circulation des subsistances » et la « fidélité du débit »⁵¹. La police municipale était même habilitée à viser des buts économiques, politiques et sociaux soit directement, soit sous couvert de tranquillité publique : c'est à ce titre qu'elle pouvait bloquer le prix de certaines denrées et « prévenir ou dissiper les attroupements, les coalitions d'ouvriers pour cesser le travail ou enchérir le prix des journées (...) »⁵². Dans le cadre de ses activités de réglementation professionnelle, la police municipale était fondée à se préoccuper de la qualité du travail exécuté ; et, à cet égard, ses pouvoirs, « extrêmement étendus », n'apparaissent pas très différents de ceux des corporations de l'Ancien Régime⁵³. Même la défense de la religion ou de la moralité n'échappait pas à sa vigilance⁵⁴.

⁵¹ V. art. 26 et 29 du « décret » du 12 messidor an VIII et L. 16-24 août 1790, Titre XI, art. 3, 4^e. MORGAND (*op. cit.*, p. 842, § 973) cite un certain nombre d'applications de cette disposition : « Le maire peut (...) prescrire que les futailles destinées à contenir les liquides mis en vente soient préalablement jaugées et marquées (Cass. 31 octobre 1816, Pousner) ; — que les bouteilles soient de la contenance d'un litre ou de ses fractions et soient également vérifiées et marquées (Cass. 31 octobre 1822, Marveols) ; — que les sacs présentés au marché ne contiennent que l'hectolitre ou ses divisions légales (Cass. 1^{er} avril 1826, Verdier ; 10 avril 1856, Delpech) ; — que le poids net des chandelles et bougies soit indiqué sur les paquets ; que la vente du beurre n'ait lieu qu'en mottes telles qu'elles sont achetées des cultivateurs (Cass. 15 septembre 1854, Jaouen) ; — que pour les étoffes vendues ordinairement à la pièce, les plis aient une certaine longueur et les pièces un certain nombre de plis (Cass. 21 juin 1821, Villafranche ; 15 mai 1829, Destiennes) ». Pour d'autres exemples, V. J. TARDIEU, *Des pouvoirs de police municipale en matière de commerce*, Thèse Caen, 1917.

⁵² Décret du 12 messidor an VIII, cité par J. BÉDIER, p. 174.

⁵³ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1924, T. IV, p. 731. La loi des 2-17 mars 1791 avait bien rétabli la liberté du commerce et de l'industrie ; mais, en ce qui concerne certaines professions, d'autres lois avaient maintenu « provisoirement » en vigueur les anciens règlements. Ainsi, la loi du 22 juillet 1791 (art. 29) à propos de la serrurerie ; l'article 46 de cette loi disposait : « Les corps municipaux pourront faire publier de nouveau les lois et règlements de police et rappeler les citoyens à leur observation ». HENRIOT de PANSEY (*op. cit.*, p. 337) en rapporte certains dont les termes sont extrêmement détaillés. Il en alla de même pour la boulangerie jusqu'au décret du 22 juin 1863. V. concl. ROMIEU précitées au Rec. 1903, p. 587. Avant cette date, le maire pouvait même réglementer les conditions de placement des ouvriers boulangers (MORGAND, *op. cit.*, p. 852, § 959).

⁵⁴ C. Cass. 1^{er} août 1823 : le maire d'une commune n'exerce pas ses pouvoirs en ordonnant que le jour de la fête patronale on ne pourra danser dans

Les auteurs rassemblaient cette diversité de buts en une formule unique : celle-ci pouvait être « l'ordre public »⁵⁵ — encore que ce fut là plutôt l'objectif du « pouvoir administratif » ou, plus précisément, celui de la « police générale » — ou, indifféremment, « l'intérêt général », « l'utilité publique », « l'intérêt public », « l'utilité générale », « l'intérêt particulier de la commune »⁵⁶, ou tout autre expression équivalente⁵⁷.

Bien qu'aucun de ces critères ne puisse isolément constituer le principe d'une définition, on peut, de cet examen, dégager certains enseignements. Ils permettent de définir la police municipale du début du XIX^e siècle comme une fonction globale d'ordre local.

B. LA POLICE MUNICIPALE, FONCTION GLOBALE D'ORDRE LOCAL

49. — 1. Ce serait dénaturer la police municipale de cette époque que de la présenter d'abord comme un pouvoir. Bien entendu, elle supposait la mise en œuvre d'un pouvoir — on parlait même du « pouvoir municipal » — ; mais le mettre en avant dans une définition, ce serait aujourd'hui donner une fausse idée de la police municipale car on ne saurait guère de nos jours imaginer qu'un pouvoir de cette sorte ait pu participer d'une autre nature que celle de la puissance publique. Il apparaissait au contraire comme étant

les maisons particulières, mais seulement dans les lieux et places publics. Cette décision n'est nullement isolée. MORGAND rapporte nombre d'arrêts de la Cour de cassation admettant la moralité comme but de la police municipale : Cass. 19, janvier 1837, *Tamissier* ; 25 septembre 1841, *Levoyet* ; C.A. Nancy, 21 juillet 1883, *Rev. gén. d'Adm.* 1884, T. II, p. 458, arrêts admettant la légalité de l'interdiction de certains bals et de jeux publics pendant la durée d'une fête (cités p. 797, § 922) ; Cass. 3 juillet 1835, *Villabac* ; 19 novembre 1857, *Mallet* ; 17 juillet 1875, *Rochette*, jugeant (avant la loi du 1^{er} octobre 1917) « que le maire pouvait interdire aux débitants de boissons de loger ou de recevoir des filles publiques » (cités p. 809, § 928) ; Cass. 21 juillet 1883, *Trivery* ; 23 mai 1885, *Goniard*, acceptant la légalité des interdictions faites à ces débitants « d'employer dans leurs établissements des filles ou des femmes non munies d'un certificat de bonnes vie et mœurs et même, d'une manière générale, aucune fille ou femme étrangère à leur famille » (cités p. 809, § 928) ; Cass. 6 décembre 1833, *Peyrat* : soumission à autorisation préalable des jeux dans les cabarets (cité p. 811, § 929) ; à propos des casinos, V. *op. cit.*, p. 816, § 935 ; Cass. 2 juillet 1887, *Prud'homme*, *Rev. gén. d'Adm.* 1887, T. II, p. 449 et surtout Cass. 7 octobre 1852, *Clarke* : légalité d'un arrêté assignant des endroits distincts aux hommes et aux femmes pour se baigner en rivière (cité p. 818, § 939) ; Cass. 29 novembre 1844, *Constance* : le maire peut obliger le « chef » d'une maison de tolérance « à tenir un registre des personnes qui y passent la nuit » (cité p. 821, § 941).

⁵⁵ HENRION de PANSEY, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁶ Toutes ces expressions se retrouvent sous la plume de E.V. FOUCART ou d'HENRION de PANSEY ou dans les arrêts qu'ils citent. V. *op. cit.*, p. LI, p. 231, 232, 304.

⁵⁷ VIVIEN écrivait que la police a la charge de « tout ce qui importe au bien-être habituel, à la sécurité et au confort du peuple » cité par E. MIRIEL, *op. cit.*, p. 4 et 5.

d'une nature « spéciale »⁵⁸, car il ne s'intégrait complètement dans aucun de ceux de l'Etat ; il apparaissait aussi multiforme, car, bien qu'y étant soumis, il les exerçait, comme on l'a vu, tous les trois à la fois à des degrés divers. Ce pouvoir était surtout second, dérivé ou subordonné à un « mandat » conféré par « l'association » à ses « mandataires » sur lesquels pesaient même des « obligations », soit autant de concepts bien étrangers au caractère inconditionné de *l'imperium*, ou au pouvoir discrétionnaire de la puissance publique. Pour appréhender la réalité de l'époque, il nous semble plus exact de reprendre les termes mêmes de la loi du 14 décembre 1789 ou de certaines décisions juridictionnelles⁵⁹ et de voir dans la police municipale essentiellement une « fonction ». Cette notion de fonction s'avère la seule susceptible de constituer le principe d'unité de tous les types d'actes pouvant être édictés ou exécutés par les autorités municipales : au regard de cette notion, leur hétérogénéité s'efface ; ils s'ordonnent en tant que procédés de cette fonction.

2. Quant à celle-ci, elle trouve son unité, non dans ses buts, mais dans sa finalité qui est de régir tous les aspects publics de la vie municipale, afin d'y faire régner un certain ordre conforme aux mœurs de l'époque.

Les grands dyptiques de la fin du XIX^e siècle commençaient à peine à perturber son harmonie : au début du siècle passé, elle recouvrait aussi bien des actes d'autorité que des actes de gestion, des actes juridiques que des actes matériels, des actes d'administration que des actes contentieux, des actes administratifs que des actes judiciaires, des actes de prévention que des actes de répression, des actes de prescription que des actes de prestation. Pour l'observateur d'aujourd'hui, elle était vague ; pour celui de l'époque, elle était encore une. L'évolution future devait lui faire perdre définitivement son unité.

⁵⁸ TARDIF, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁹ V. C. Cass., 23 avril 1819, cité par HENRION de PANSEY, *op. cit.*, p. 232.

SECTION II

LA POLICE COMME FAISCEAU DE DROITS DE PUISSANCE PUBLIQUE

50. — Entre la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle, s'ouvre une période de profonds bouleversements, voire de confusion. Celle-ci touche aussi bien la théorie générale du droit public que la notion de police. Tous les problèmes se posent à la fois et la doctrine est agitée de préoccupations contradictoires. Ainsi, c'est à partir du moment où les régimes des actes administratifs se diversifient de plus en plus que l'on se met en quête d'un principe explicatif unique pour le droit administratif. Alors que les nécessités économiques, sociales et politiques conduisent l'Administration à étendre ses pouvoirs, cette époque se met en devoir de déterminer le fondement théorique de leur limitation. A. de Laubadère constate bien entre les deux auteurs qui ont dominé cette période, Maurice Hauriou et Léon Duguit, une « convergence » sur cette « question majeure » de « la limitation de l'Etat par le droit » ; « seulement, ajoute-t-il, ce n'est pas le même droit, ni du reste le même Etat ni non plus la même limitation »¹. Une certaine « solution de continuité » (G. Vedel) apparaît déjà sur ce point entre le droit constitutionnel et le droit administratif². On ne parvient pas, en effet, à expliquer de la même façon la soumission au droit de l'action administrative selon que l'on se place dans la première ou dans la seconde discipline : observée du point de vue du droit constitutionnel, l'action administrative est soumise à la loi parce qu'elle consiste simplement à l'exécuter ; observée du point de vue du droit administratif, il apparaît au contraire qu'elle ne se limite pas à cette fonction : « Le rôle de l'Administration d'assurer l'application des lois, remarquait Hauriou, avait frappé particulièrement les auteurs du XIX^e siècle et ils y faisaient entrer toute la fonction administrative. Il y avait de l'exagération. La mission qui consiste à pourvoir par une police et des services publics à la satisfaction des intérêts généraux et aux affaires d'utilité publique est tout aussi importante

1 Le doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit, Ann. Fac. Droit et Sciences éco. de Toulouse, T. XVI, Fasc. L, p. 214.

2 Sur le débat actuel, V. G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E., 1954, p. 21 et s. V. aussi du même auteur : *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge*, in Mél. WALINE, p. 777 et s. ; Ch. EISENMANN, *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, R.D.P., 1972, p. 1345 et s. V. aussi G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, T. II, p. 213.

que celle qui consiste à assurer l'application des lois »³. Cette époque est aussi celle des alternatives ou même des dilemmes : doit-on expliquer le droit en général et l'action administrative en particulier par leur finalité ou par leurs techniques ?⁴. Tel acte doit-il être considéré comme un « acte d'autorité » ou comme un « acte de gestion » ? Cette opposition est-elle encore de droit positif ou n'est-elle pas déjà dépassée par une autre qui distingue « gestion publique » et « gestion privée »⁵ ? L'Etat est-il une personne juridique ou un pouvoir de puissance publique ou les deux à la fois ?

En dépit de la solution de continuité entre droit constitutionnel et droit administratif, une tendance s'observe qui consiste désormais à projeter sur la théorie générale du droit une problématique et des notions issues d'une réflexion sur le droit administratif. Ainsi Duguit et son Ecole fondent-ils toute la théorie de l'Etat sur la notion de service public, tandis que, chez Hauriou, l'action administrative est une modalité de la « police de l'Etat »⁶, cette notion étant en réalité dérivée, au moins partiellement, de celle, toujours très vague, de « police administrative ». Quelquefois, la « police » est même présentée comme l'un des « pouvoirs publics »⁷, de sorte qu'au total on ne sait plus trop si l'action administrative est encore une modalité de l'ancienne « police de l'Etat » ou si, au contraire, la police est une modalité du pouvoir administratif.

Dans cette confusion et cette incertitude, une plate-forme d'idées communes se dégage néanmoins relativement à cette notion de police : la tendance générale est de l'appréhender, sur le plan juridique, non plus seulement comme une fonction municipale, mais comme une manifestation de la puissance publique⁸ et⁹ dans la

3 *Principes élémentaires de Droit administratif*, 1925, p. 3. V. également p. 7. Sur la discussion concernant le point de savoir si la fonction administrative se réduit à une fonction d'exécution des lois, V. CARLÉ de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, T. I, p. 425.

4 V. M. HAURIOU, Préface à la quatrième édition du *Précis* : « Le service public est l'œuvre à réaliser par l'administration publique, la puissance publique est le moyen de réalisation. Comme la théorie juridique ne saurait s'accorder de mettre sur le même plan les deux notions, il faut choisir celle qui domine, mais laquelle choisir ? ».

5 V. à propos de ce débat BERTHELEMY, *Défense de quelques vieux principes*, dans Mél. HAURIOU, p. 809.

6 Pour une critique de cette opinion, V. J. MOREAU, J.-C. A., Fasc. 200.

7 *Répertoire Béquet*, V^o Police, p. 262. Sur la notion des pouvoirs publics, V. G. DRUESNE, *Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français*, R.D.P., 1976, p. 1149 et s.

8 Sur la notion de puissance publique et sur son évolution, V. G. VEDEL, art. précité dans E.D.C.E., 1954, p. 42 ; M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, 1960 ; Fr. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1960 (dactyl.) ; G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, Thèse Paris, 1962 (dactyl.).

9 Définie par rapport à l'idée de puissance publique, de souveraineté ou de contrainte, la police excède alors largement le cadre municipal. Sous l'influence des doctrines allemandes, elle comprend même quelquefois toute l'activité normative, qu'elle soit législative, administrative ou judiciaire : Otto GERLAND la définissait comme étant « la puissance publique se

mesure où la commune, désormais organe de l'Administration, est elle-même intégrée à l'Etat¹⁰.

A bien des titres, Hauriou, en dépit de son originalité, peut être considéré sur cette question comme très représentatif de cette période : il en reproduit à peu près toutes les préoccupations, mais aussi toutes les contradictions ; et, ne serait-ce que pour cette raison, sa conception de la police mérite attention. En outre, sa pensée foisonnante donne de cette notion une image beaucoup plus riche que celle de ses contemporains ; et il fournit là une immense matière à réflexion.

En revanche, la difficulté est immense de circonscrire dans cette pensée la notion de police. Cela tient à ce qu'elle ne constitue pas l'objet même de ses préoccupations et à ce qu'il ne s'y intéresse pas pour elle-même, bien qu'elle soit omniprésente dans son œuvre¹¹. Cela tient aussi à ce que cette notion y est polymorphe, multifonctionnelle et toujours équivoque. Or sa pensée glisse sans cesse

manifestant sous la forme de contrainte » (über den Begriff der Polizei nach preussischem Recht », § 9, Arch. für off. Recht 1890, cité par Ch. BLAUVET, *op. cit.*, p. 22 et 23) ; cependant, le plus souvent, elle est intégrée au seul cadre administratif : aux yeux de LOENING, elle est « l'exercice de la puissance publique pour l'administration intérieure, en tant qu'elle use de la contrainte sur les personnes » (*Verwaltungsrecht*, p. 8 (*idem*) ; mais elle investit désormais toute l'activité administrative : « le domaine de la police administrative est des plus vastes ; on peut dire qu'il n'y a presque point d'action qui ne soit l'exercice d'un droit de police » (*Répertoire Béquet*, V^e Police, p. 275, § 32) ; pour certains, « elle n'est autre chose que l'administration considérée sous son aspect le plus actif » (PELATANT, *De l'organisation de la police*, Thèse Dijon, 1899, p. 226). Cependant, on s'efforce de réduire la généralité de cette définition en y associant l'élément de finalité ; ainsi, pour ROÏN, elle est « l'ensemble des limitations apportées à la liberté naturelle d'agir de l'individu dans l'intérêt commun » (*Das verordnungs Recht*, p. 131. *Safex* p. 24. Propriété et police, cité par J.L. MARTRES, *op. cit.*, p. 15) ; plus précisément quant au but, la police est, selon OTTO MAYER, « l'activité de l'Etat en vue de défendre, par les moyens de la puissance d'autorité, le bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter » (*Droit administratif allemand*, éd. française, par BOUCARD et JEZE, T. II, p. 6 et 7) ; la restriction commence aussi à jouer du côté des procédés utilisés par la police : « on entend par actes de police les mesures qui sont prises par l'autorité publique pour assurer l'exécution des lois et le maintien du bon ordre dans la société » (BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, 2^e éd., 1885, T. VIII, p. 488).

10 V. LAFERRIERE, *Juridiction administrative*, T. I, p. 686 ; LACANAL, *Rev. gén. d'Adm.*, 1884, T. I, p. 52 ; MICHOD, *Responsabilité des communes*, R.D.P. 1897, T. I, p. 57 et note au S. 1897, II, p. 257 ; BRÉMOND, *La compétence administrative*, n° 1524 ; BERTHELEMY, *Droit administratif*, 2^e éd., p. 514. PERRIN-JAQUET, *op. cit.*, p. 107. Quelques opinions divergentes étaient encore soutenues ; BLOCK, *Dictionnaire*, V^e Responsabilité, n° 10 ; *Répertoire Béquet*, V^e Commune, n° 2147 ; SIMONET, *Droit administratif*, 3^e éd., n° 886 et 1027 ; LESCUEUR, *Rev. gén. d'Adm.*, 1886, T. III, p. 152 (auteurs cités par PERRIN-JAQUET, *ead. loc.*).

11 M.L. SFEZ, dans sa thèse ne présente aucun tableau synthétique de cette notion chez HAURIU tant elle est diffuse dans tous les thèmes de sa pensée. V. son ouvrage *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, L.G.D.J., 1966, coll. Bib. Dr. Pub., T. 71, Préface J. RIVERO, Avant-propos de André HAURIU.

d'un sens à l'autre et jamais, semble-t-il, il n'explique pourquoi il y a autant de notions de police aussi dissemblables les unes des autres.

Ce sont là les raisons pour lesquelles la notion est si délicate à identifier dans l'œuvre du savant auteur (§ 1), et pour lesquelles elle n'apparaît en fin de compte ni très spécifique ni très cohérente dans cette contribution majeure à la formation du droit administratif contemporain (§ 2).

§ 1. L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE POLICE COMME FAISCEAU DE DROITS DE PUISSANCE PUBLIQUE

51. — L'objectif politique et théorique du doyen Hauriou est double : d'une part, limiter l'Etat par le Droit¹² et, d'autre part, trouver le principe explicatif ou la notion unique qui puisse à la fois rendre compte de cette soumission au Droit des activités de l'Etat, fonder l'unité du droit administratif et constituer le critère de la compétence juridictionnelle administrative. A cette fin, il lui faut s'appuyer sur une notion suffisamment large qui puisse conceptuellement englober toutes ces activités et, techniquement, exprimer par elle-même l'idée que ces activités sont soumises à un droit spécifique. Cette notion est celle de « droits de puissance publique » qu'il assimile entièrement à celle de « droits de police » (A)¹³. De nos jours, la référence à la notion de puissance publique en évoque immédiatement une autre, celle de service public dont on a dit trop souvent qu'elle s'opposait à celle de police. Cela est sans doute devenu vrai par la suite, dans une certaine mesure du moins. Mais, chez Hauriou, la notion de service public — dont il est l'un des pères¹⁴, ce que l'on oublie trop fréquemment —, ne s'oppose certainement pas à celle de police ; par suite, même en confrontant ces deux

12 « S'il fut un temps, explique-t-il, où on était libéral en favorisant l'extension de l'Etat contre les organisations et les pouvoirs privés qui l'oppressaient », il estime qu'à son époque « on est libéral en travaillant à la limitation de l'Etat » (*Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., 1897, p. 1 j). Sur le libéralisme du doyen HAURIU, V. L. SFEZ, *op. cit.* (notamment sur sa théorie des contrepois, p. 81 et s.). A.E. POULPOL, *L'idée de libéralisme dans l'œuvre juridique de M. Hauriou*, in Mém. NÉGULESCO, 1935, p. 587 à 608 ; A. de LAUBADÈRE (article précité) ; A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit*, 2^e éd. Pedone, 1968, p. 323 ; contra, G. GURVITCH, *Les idées maîtresses d'Hauriou*, Arch. Phil. Droit, 1931, qui considère que, dans la seconde partie de son œuvre, HAURIU aurait prôné le culte de l'Etat.

13 Une évolution doit cependant être notée : initialement, tous les « droits de puissance publique proprement dits » sont étudiés sous la rubrique « droits de police » (V. p. ex. *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 566 et s.) ; dans l'édition du *Précis* de 1927 l'auteur ne parle plus de « droits de police » mais plus volontiers de « droits de domination et de police » (p. 442) ; et « la police » est présentée dans un chapitre unique qui ne porte plus que sur « la réglementation » et « la coercition ». Mais il ne faut pas attacher une trop grande importance à cette évolution car la distinction n'est toujours pas faite entre « droits de domination et de police » et « droits de puissance publique » (voir p. 443).

concepts, on ne parvient pas davantage à identifier très précisément la notion de police (B).

A. POLICE ET PUISSANCE PUBLIQUE

52. — D'une façon générale, la police est pour Hauriou « le règlement de la cité, c'est-à-dire de l'Etat »¹⁵, la notion de règlement étant ici comprise de façon très large, comme activité normative, voire, plus largement encore, comme activité juridique. Or, puisqu'il semble ainsi faire référence à la notion de police telle qu'elle ressortait de l'Ancien Régime ou telle qu'elle apparaissait dans le cadre communal après la Révolution, on peut se demander pourquoi il ne la présente pas comme une fonction ou comme un pouvoir, mais comme un faisceau de « droits de puissance publique ». Il faut donc s'arrêter quelque temps sur cette notion de « droits de puissance publique » pour en montrer la signification et la fonction dans son œuvre (1°). Ceci fera comprendre pourquoi il donne à la notion de police un contenu aussi hétéroclite (2°).

1° Le rôle de la notion de « droits de puissance publique »

53. — Pour fonder en théorie la limitation de l'Etat par le Droit, il élabore la doctrine selon laquelle l'Etat est une institution qui exerce des pouvoirs non pas inconditionnés mais objectivement autolimités : à la suite d'une longue évolution, en effet, ces pouvoirs sont devenus, estime-t-il, « des droits de puissance publique » attachés à la personnalité juridique dont jouit cette institution; enfermer l'Etat dans la théorie de la personnalité, c'est l'enfermer dans le Droit, et considérer la police comme un droit de puissance publique, c'est la soumettre comme toute la puissance publique à la limitation du Droit.

1. A son sens, l'Etat est tout entier issu de la « société positive » : « sa substance est faite de la centralisation des polices civiles », c'est-à-dire de tous les pouvoirs privés qui s'exerçaient avant sa constitution. Mais il n'a pas la même finalité que ces pouvoirs privés : en tant qu'« institution » — c'est-à-dire en tant qu'« organisation sociale créée par un pouvoir qui dure parce qu'elle contient une idée fondamentale acceptée par la majorité des membres du groupe » —, il a pour fonction de « conserver les similitudes rationnelles du groupe social » ; autrement dit, il est l'« incarnation

de l'intérêt général » ; il peut même dire : « Je suis l'intérêt général »¹⁶.

Ce n'est cependant pas en se référant aux exigences de cette finalité et de cette fonction que Maurice Hauriou fonde la soumission de l'Etat au Droit. Au contraire, « de l'existence d'une fonction », on serait tenté de déduire celle de tous les droits (...) nécessaires pour [son] meilleur accomplissement » ; et, au lieu de trouver là le moyen de limiter les pouvoirs de l'Etat, on fournirait à ceux-ci le moteur de leur extension. Il faut donc laisser aux « sciences politiques » l'analyse des buts et des fonctions ; la théorie juridique doit, elle, se pencher sur « les moyens (...) employés pour parvenir au but » : les pouvoirs de puissance publique¹⁷.

2. Mais, au lieu d'opposer, comme la doctrine l'avait fait jusque là, l'Etat-puissance publique à l'Etat-personne morale n'exerçant pas de prérogatives de puissance publique, Hauriou pose le principe que l'Etat est dans son intégralité, « la personnification de l'unité politique du groupe ». Ceci est, pour lui, « un point sur lequel on ne saurait trop insister : enfermer toute l'activité administrative, même les opérations de puissance publique, dans la personnalité administrative, c'est par là-même l'emprisonner dans les mailles du filet juridique. Développer la personnalité juridique de l'Etat, ce n'est pas affranchir celui-ci, c'est au contraire augmenter la prise du Droit sur lui, c'est le limiter du côté de l'arbitraire » et le soumettre au principe de responsabilité¹⁸. Par suite, alors que l'on ne voyait

16 Sur tous ces points, V. *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 15 notam. ; *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 7 et 8 ; *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 75. Sur la notion d'institution, V. *La théorie de l'institution*, Cahier de la Nouvelle Journée, 1925, réédition 1933, n° 2 ; *La théorie de l'institution et de la fondation et Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*, in « Aux sources du droit » (eod. loc.) ; *L'institution et le droit statutaire*, Rec. de l'Académie de législation de Toulouse, 1906, p. 134 et s. V. aussi G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, 1930 ; et M. PRÉLOR, *Autour de la théorie de l'institution*, in Cahier de la Nouvelle Journée, 1931, p. 205.

17 V. *Précis de droit administratif*, 11^e éd., Préface et p. 339, et note sous C.E. 9 mars 1900, *Boucher d'Argis*, S. 1901, III, p. 1. V. aussi cette réflexion dans son *Précis* : « Ce n'est pas la fonction qui domine le rapport juridique de l'administration sur les administrés, car ce ne sont pas des rapports de fonction ni des rapports de services, mais des rapports de pouvoirs (...) soumis de façon volontaire aux impératifs de la fonction » (op. cit., p. 13) et plus loin : « La fin ne justifie pas les moyens, même en matière de police. Voilà une matière où se marque l'absurdité de la théorie du but dans le droit ; si les droits n'étaient justifiés que par le but social à atteindre, il faudrait énoncer que la fin justifie les moyens ; or il n'est rien de plus faux (...) » (op. cit., p. 445). En réalité, comme on le verra, tout dépend de la fin que l'institution se donne ou assigne aux organes chargés d'assumer la fonction. (V. II^e partie).

18 V. *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 11 et p. 12. Sur la distinction par les autres auteurs entre l'Etat-puissance publique et l'Etat-personne morale — distinction destinée à rendre compte de la différence de régime entre acte d'autorité et acte de gestion, V. par exemple DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 6^e éd., 1881, T. II, n° 503, p. 104 et BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd., p. 21 et 55. Pour rendre

14 V. J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public dans l'évolution du droit public*, Mém. MESTRE, p. 461 ; J.M. AUBY, *Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français*, Ann. Fac. Droit de Bordeaux, 1951, p. 7.

15 *Précis de droit administratif*, éd. 1933, p. 315.

dans la puissance publique qu'un *imperium* inconditionné et irréprochable par nature, Hauriou n'y voit que des « droits subjectifs », droits certes spécifiques puisqu'ils sont ceux d'une personne unique en son genre, mais droits soumis au Droit comme le sont ceux de toutes les autres personnes juridiques.

Ces droits étant définis comme « ceux qui donnent aux personnes administratives une contrainte sur les citoyens »¹⁹ et la police ayant également comme critère l'idée de contrainte, les deux notions sont assimilées et leur contenu est extrêmement large.

2° Le contenu de la notion de police

54. — 1. Les premiers droits de police sont pour Hauriou les « droits régaliens », c'est-à-dire « le droit de force publique », « le droit de paix et de guerre », « le service militaire et l'inscription maritime », « les droits de législation et de justice », enfin « les droits d'authentification (*sic*) dont l'objet commun est de certifier ou garantir au public l'existence de certains faits ou de certaines qualités des individus »²⁰.

Au sein même des activités administratives, la notion de police est extrêmement étendue car, à raison de la contrainte qu'ils comportent, Hauriou y fait entrer « la tutelle administrative » et le pouvoir hiérarchique : ainsi, « le maire a la police des fonctionnaires de la commune »²¹. « Le droit d'enseignement » et « le droit d'assistance » relèvent aussi de la police non seulement en raison de leur fonction d'intégration politique et sociale²², c'est-à-dire de leur but

compte de cette différence de régime, HAURIU estime que la personnalité de l'Etat est double, publique et privée (voir *op. cit.*, p. 323); on peut se demander alors quelle pouvait être l'utilité de cette notion de personnalité publique; HAURIU répond en disant: « Si l'administration se persuadait jamais qu'elle use de droits très proches du droit privé, elle en arriverait à fonctionner pour elle-même, à croire qu'elle gère sa propre affaire comme le fit l'administration de Byzance. Il est essentiel que la personnalité de l'Etat soit interprétée comme une personnalité de puissance publique, afin qu'il subsiste chez les administrateurs une préoccupation de la chose publique », c'est-à-dire du but d'intérêt général de l'Etat (voir *eod. loc.*, p. iij). V. dans le même sens MICHOU, *De la responsabilité de l'Etat*, R.D.P., 1895, T. II, p. 1 et s. et *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3^e éd., 1932; contra, V. G. JEZE, *Rev. gén. d'Adm.*, 1903, T. II, p. 138 et s. Sur l'ensemble du débat, V. L. CONSTANS, *Le dualisme de la notion de personnalité morale administrative en droit français*, Paris, 1966.

¹⁹ Voir *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 292 et p. 539.

²⁰ Sur tous ces points, V. *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 566 et s. et p. 587. V. aussi *Répertoire Béquet*, Vo Commune, p. 551, § 1137, qui, à propos de la tenue des registres de l'état civil, parle de « police civile ».

²¹ *Op. cit.*, p. 564, à propos de la tutelle V. p. 588 (V. aussi *Précis*, 11^e éd., p. 198).

²² « Instruire les enfants, c'est leur transmettre les similitudes sociales, les vérités (...) acceptées; en tant que ces vérités sont réellement acceptées de tout le monde, il est naturel, utile même, que l'Etat soit chargé de les enseigner, car il représente l'unité politique et il importe à celle-ci que l'unité du groupe social soit fortifiée par celle qu'établira dans les esprits

de « police au sens élevé », mais aussi parce que le Doyen Hauriou s'ingénie à y déceler de la contrainte²³.

2. La notion de police correspond donc bien dans son contenu à celle de puissance publique. Mais, néanmoins, Hauriou cherche quelquefois à cerner plus étroitement une notion de « police administrative » : il le fait en surajoutant certains critères finalistes ou, selon le cas, formels, à celui tiré de la contrainte : « La police administrative a pour but le maintien de l'ordre par des actes d'autorité qui imposent l'obéissance aux citoyens ». Ainsi, pour distinguer police administrative et police du domaine public, il met en avant le fait que celle-ci n'est pas exempte de préoccupations patrimoniales, à la différence de la première; plus précisément, « la police administrative poursuit d'une façon directe et en soi le maintien de l'ordre public...; la police du domaine public a directement pour objet la conservation du domaine public; si elle concourt au maintien de l'ordre, c'est d'une façon indirecte »²⁴. La distinction entre police générale et police spéciale est également instructive : « Les polices générales de l'Etat et de la commune (police municipale et police rurale) ont pour objet le maintien de l'ordre pris dans son ensemble dans ses trois éléments de tranquillité, de sécurité, de salubrité publiques et cela contre toutes les causes de perturbation possibles, prévues ou imprévues. Les polices spéciales de l'Etat (...) ont pour objet le maintien de l'ordre contre certaines causes de perturbations prévues ou faciles à prévoir »²⁵. Et, au sein de cette catégorie, il énonce une foule de législations qui relèveraient de la police, y compris les textes organisant les travaux de reboisement en montagne, car dans la mesure où ces travaux visent à retenir l'eau, c'est-à-dire à lutter contre les inondations, ils ont un but de police...

Se confondant donc avec l'ensemble des droits de puissance publique, la police peut-elle au moins se distinguer du service public?

un enseignement uniforme » (*eod. loc.*, p. 611). Ici la police est très nettement, comme sous l'Ancien Régime, cette fonction constitutive de la cité ou de l'Etat.

²³ « Ainsi, dans les services de l'assistance publique la contrainte est sans doute à l'arrière-plan, mais elle existe quand même dans l'interdiction de la mendicité qui signifie: « Ayez des ressources d'existence ou faites-vous inscrire à l'assistance publique, mais ne mendiez pas dans la rue » et qui d'une certaine façon contraint à l'assistance... La contrainte existe dans un service de prévoyance comme celui qu'a organisé la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes (car la retraite est obligatoire)... »: *Précis*, 11^e éd., p. 444 et s.

²⁴ *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 590.

²⁵ *Eod. loc.*, p. 591. On note la transformation du sens de l'expression « police générale »: il ne s'agit plus, comme auparavant, de l'activité de l'Etat visant essentiellement la sûreté de l'Etat, mais d'une notion générique recouvrant la police municipale et celle exercée par le préfet et le chef de l'Etat.

B. POLICE ET SERVICE PUBLIC

Loin d'impliquer une opposition quelconque entre service public et police, présenter cette dernière comme un faisceau de droits de puissance publique aboutit à une assimilation pratiquement totale des concepts de police et de service public : les deux notions s'expliquent en effet l'une par l'autre et ceci de façon réciproque (1°); elles fondent, l'une comme l'autre, les notions d'institution, d'Etat, de fonction et de régime administratifs (2°).

1° Les deux notions s'expliquent l'une par l'autre

55. — On peut, de façon synthétique — parce qu'il nous faudra revenir à plusieurs reprises sur les rapports entre ces deux notions —, se borner à illustrer cette proposition par quelques citations : chez Hauriou, la police est tout autant le but du service public que le service public est le but de la police; dans cette symbiose, la police est autant le procédé des services publics que ceux-ci sont eux-mêmes des procédés de la police.

1. La police est le but du service public dans la mesure où il définit celui-ci comme une « organisation politique de pouvoirs, de compétences et de mœurs assumant la fonction de rendre au public un service, d'une façon régulière et continue, un service déterminé dans une pensée de police, au sens élevé du mot ». Corollairement, « les services publics sont eux-mêmes des moyens d'assurer la police de la cité, au sens élevé du mot »²⁶.

2. A l'inverse, puisqu'« il apparaît toujours quelque contrainte (...) dans l'organisation des services publics », il y a toujours des droits de puissance publique ou de police dans le service public : faisant appel ici aux notions de « police organique » et « police de la gestion des services publics », Hauriou les présente comme les moyens d'organiser et de régler le fonctionnement des services publics. Plus profondément, « la gestion des services publics, qu'on y fasse attention, c'est l'exercice même des droits de police »²⁷.

L'imbrication des deux notions provient de ce que le doyen Hauriou les place l'une ou l'autre indifféremment, à la base de toute sa théorie du droit public.

26 *Précis*, 11^e éd., p. 15-16 et p. 442-443. V. aussi, p. 18 : « Les services publics sont pour créer de l'ordre public »; V. aussi p. 185 où il explique que l'exercice d'un pouvoir de police ou d'une mission de police constitue pour lui la « preuve » de la qualité du service public d'une activité exercée par un particulier dans le cadre d'une concession de travaux publics; V. aussi sa note sous C.E. 26 janvier 1901, *Boulangers de Poitiers*, S. 1901, III, p. 41 : un but de police constitue le critère de la légalité de l'acte par lequel une commune institue un service public.

27 *Précis*, 11^e éd., p. 292.

2° Les deux notions fondent l'une comme l'autre celles d'institution étatique, de fonction et de régime administratifs

56. — L'Etat d'Hauriou est un « pouvoir institué », c'est-à-dire « encadré dans une organisation soumise à une idée ». « Cette idée, nous dit-il, est celle du service public » ou encore « celle de paix » ou « celle de liberté »²⁸. Or, dès lors que « tout service public doit être motivé par une pensée de police »²⁹, que « la police est [elle-même] un service public »³⁰ et que « cette idée engendre la notion de fonction administrative » — laquelle « se ramène essentiellement à la police entendue (...) dans son sens d'aménagement du milieu social » —, il apparaît que les deux notions jouent, dans son œuvre, un rôle équivalent. Plus exactement, il apparaît que celle de police lui permet d'opérer une sorte de synthèse entre la puissance publique et le service public. Ce serait en effet caricaturer l'œuvre du Maître de Toulouse que de la présenter comme le triomphe de la puissance publique sur le service public, du moins si l'on devait comprendre par là qu'il a entendu privilégier l'exorbitance d'un pouvoir contre l'obligation d'un service. Sans doute a-t-il mis en avant la puissance publique pour rendre compte de l'action et du droit administratifs : en tant que procédé dérogatoire au droit commun et en tant qu'expression d'un certain type de rapports juridiques, elle lui est apparue en effet comme le caractère le plus spécifique de ce droit³¹. Mais puisque ce procédé, pour ne pas être celui de l'arbitraire, doit se voir finalisé à l'idée qui anime l'institution, il s'« enkyste »³² nécessairement, par la médiation de la police, dans l'idée de service public; alors, il ne désigne plus seulement un procédé exorbitant mais un régime qui peut aussi impliquer certaines sujétions³³.

Dans cette construction, la cohérence du régime administratif trouve sans doute son compte mais pas celle de la notion de police.

28 *Précis*, 11^e éd., p. 12. V. aussi la préface. L'auteur définit aussi la police au sens statique comme « l'état de paix opposé à l'état de trouble » (11^e éd., p. 445).

29 Note sous C.E. 2 février 1901, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris*, S. 1907, III, p. 1.

30 Note sous Cass. civ., 22 juin 1900, S. 1901, I, p. 377.

31 Sur le débat actuel, V. notamment R. CHAPUS, *Le service public et la puissance publique*, R.D.P., 1968, p. 235 et s.; P. AMSELEY, *Réflexions sur une étude récente*, A.J.D.A., 1968, p. 492 et s.; P. SABOURIN, *Mission de service public, prérogatives de puissance publique et notion d'autorité administrative*, J.C.P., 1971, I, 2407 et J.-Cl. VENEZIA, *Puissance publique, puissance privée*, Mél. EISENMANN, 1975, p. 363 et s. Sur le rôle de la notion de puissance publique dans le déclenchement en droit positif de la compétence juridictionnelle administrative, V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 345 notam.

32 L'expression est de M. HAURIOU lui-même (Préface à la 11^e éd.).

33 Voir J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, R.D.P., 1953, p. 279 et s.

§ 2. LES CONTRADICTIONS DE LA NOTION DE POLICE COMME FAISCEAU DE DROITS DE PUISSANCE PUBLIQUE

Il est toujours facile de relever des contradictions dans les écrits divers de M. Hauriou ; relativement à la police, elles abondent. En réalité, elles proviennent tout d'abord de l'objet même de ses réflexions : telle qu'elle s'imposait à l'auteur dans ses manifestations positives et dans la représentation collective qu'on s'en faisait à cette époque, la notion de police était déjà par elle-même contradictoire. En second lieu, elles proviennent de ce que l'auteur retient en fait plusieurs notions de police sans expliquer pourquoi il y en a plusieurs ni comment elles s'articulent les unes aux autres (A). En outre, les contradictions chez Hauriou ne sont souvent que superficielles ou apparentes. Il ne faut donc pas s'arrêter à ces critiques, elles aussi superficielles : il apparaît plus opportun d'apprécier la portée globale de la contribution du Doyen Hauriou à la formation de la notion moderne de police. Mais à cet égard également, on ne peut s'empêcher de constater tout de même une certaine contradiction (B).

A. LES CONTRADICTIONS TENANT A LA MULTIPLICITE DES NOTIONS DE POLICE

Chez Hauriou, la police semble avoir plusieurs natures (1^o) et divers critères difficilement conciliables (2^o).

1^o La pluralité des natures de la police

57. — Elle est tantôt la fonction étatique par excellence, tantôt la fonction administrative, tantôt une part seulement de cette dernière fonction.

Ainsi, par exemple, quand il explique que les « droits de police » comprennent les « droits de législation et de justice », il entend nécessairement, dès lors que la police se caractérise par l'idée de puissance publique, que toute l'activité législative et toute l'activité juridictionnelle sans exception relèvent de la notion de « police de l'Etat ». La police retrouve bien son unité en transcendant le principe de séparation ; mais on voit mal comment il peut alors spécifier la notion de fonction administrative en disant qu'elle se « ramène essentiellement à la police entendue (...) dans son sens d'aménagement du milieu social ». En outre, alors que la police est généralement définie par l'idée de puissance publique, c'est-à-dire par son procédé ou le droit qui régit la mise en œuvre de ce procédé, elle l'est ici par sa fonction sociale, et ceci de façon assez vague. Par ailleurs, ce procédé ne se caractérise pas par le même régime selon qu'il est mis en œuvre par le législateur, l'administration ou le juge.

Si la notion de police est si large, on ne comprend plus pourquoi il affirme que « tous les moyens de gouvernement autres que la justice répressive sont des moyens de police »³⁴ : l'affirmation n'apparaît pas compatible avec la présence des « droits de justice » dans la notion de police. Cela signifie-t-il que la répression serait par essence contraire à la « police » en général ? Mais il existait déjà une police judiciaire au service de la justice répressive. Cela signifie-t-il que la répression n'est contraire à l'essence que de la seule « police administrative » ? Mais pourquoi dire alors que la police s'exerce notamment en « réprimant les troubles qui se produisent par la coercition, c'est-à-dire par l'emploi de la force publique ? », activité répressive qui doit bien relever de la forme administrative de la police³⁵. De même, comment intégrer dans la police tous les « droits de législation en général et parler ailleurs, d'une façon particulière, de « lois en matière de police »³⁶, alors qu'en outre il semble poser le principe d'une distinction entre la mission de police et la « mission d'application des lois »³⁷.

Si, parmi les « droits de police », il cite le pouvoir de tutelle, le pouvoir hiérarchique, l'enseignement, l'assistance, le droit de régler l'organisation et le fonctionnement des services publics, ces activités administratives relèvent nécessairement de la police administrative. Comment peut-il alors, pour compléter la liste de ces « droits de police », y ajouter la « police administrative », notion forcément distincte de celle qui précède ?

2^o La pluralité des critères de la police

58. — Il distingue la police administrative (qu'il faut bien appeler au sens large) et la police administrative (qu'il faut bien appeler au sens étroit) par le but d'ordre public que viserait cette dernière. Dans ces conditions, il y aurait deux critères de la police : le procédé ou le régime de puissance publique et le but d'ordre public. Le premier jouant seul permettrait de distinguer la police administrative au sens large ; jouant avec le but d'ordre public, il permettrait d'identifier la police administrative au sens étroit (cf. sa définition : « la police administrative a pour but le maintien de l'ordre par des actes d'autorité qui imposent l'obéissance aux citoyens »). Mais, quelquefois, l'auteur a considéré que les « services d'ordre », activité pourtant exercée par la police au sens organique, entraient dans la catégorie des actes de gestion dans la mesure où le juge judiciaire se déclarait encore compétent à leur propos, ou, quand ces services d'ordre ont été attirés dans le champ de compétence du juge administratif, dans la mesure où ce juge a admis qu'ils pouvaient engager la responsabilité administrative. Ainsi, au

34 *Précis*, éd. 1943, p. 313, cité par J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200.

35 *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 511.

36 *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 51.

37 *V. supra* la citation figurant dans l'introduction de cette Section II, n^o 50.

sein de la notion de police au sens étroit, Hauriou était amené à distinguer « les actes de police proprement dits » — ceux pour lesquels le juge administratif n'a accepté que plus tard le principe d'une responsabilité — et les autres — ceux pour lesquels le principe de cette responsabilité était déjà admis³⁸.

Mais, même ainsi spécifiée par son but d'ordre public, cette notion de police administrative n'apparaît pas si étroite que cela, dès lors que l'ordre public — compris comme « l'état de paix opposé à l'état de trouble »³⁹ est aussi le but de « la police au sens élevé » ; ou alors, si le maintien de l'ordre doit être compris « dans son ensemble dans ses trois éléments de tranquillité, de sécurité [et] de salubrité publiques », la définition de la police administrative par son but n'apparaît plus très cohérente car les polices de la chasse et de la pêche — qui doivent bien faire partie de la police au sens étroit — ne visent pas cette trilogie, pas plus que la « police du travail », la « police des courses de chevaux et du pari mutuel » ou « la police sur les établissements d'utilité publique »⁴⁰ — mais s'agit-il encore de la police au sens étroit ? —...

On ne sait donc pas en fin de compte si, pour Hauriou, la police administrative — ou la police — doit être définie par son but ou par sa « technique ». De toutes façons, « le débat n'est [toujours] pas tranché » aujourd'hui⁴¹.

Quel a donc été l'apport ou l'influence du Doyen Hauriou sur la formation de la notion moderne de police ?

B. LES CONTRADICTIONS DE LA PORTÉE DE LA NOTION DE POLICE COMME FAISCEAU DE DROITS DE PUISSANCE PUBLIQUE

En présentant la police comme un faisceau de droits de puissance publique, Hauriou a très certainement contribué à faire perdurer pendant quelque temps une conception très large de la

38 Sur tous ces points, V. *Précis de droit administratif*, 5^e éd., p. 246, et aussi p. 206 et 217. V. surtout sa note sous l'arrêt *Lepreux*, C.E. 13 janvier 1899, S. 1900, III, p. 1 (où il explique que, lorsque la puissance publique exécute un « service de police », elle n'est pas « à l'état de commandement » : elle est « à l'état de gestion » ; or, « à l'état de gestion, elle est en société avec les administrés et une responsabilité peut être mise à sa charge » ; c'est pourquoi il estime « très fautive » la solution de l'arrêt). V. aussi ses notes sous les arrêts *Olivier Zimmerman* (C.E. 27 février 1903, S. 1905, III, p. 17) et *Tomaso Grecco* (C.E. 10 et 17 février 1905, S. 1905, III, p. 113). Sur l'apparition d'une responsabilité administrative, V. R. CHAPUS (*op. cit.*), J. PERRINJAQUET (*op. cit.*), Cl. TROUILLAS, *La responsabilité des administrations publiques en matière de police*, Thèse Droit Paris, 1943 ; F.P. BENOIT, *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, Sirey, 1946.

39 *Précis*, 11^e éd., p. 15 et 16, et 445.

40 *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 538 et 588.

41 J. MOREAU, *Police administrative et police judiciaire. Recherche d'un critère de distinction*, A.J.D.A., 1963, p. 69.

notion (1^o). Mais, paradoxalement, c'est surtout un effet restrictif, voire délétère, que cette théorie a comporté pour l'avenir de la notion (2^o).

1^o L'effet extensif

59. — La doctrine contemporaine a reproché à cette théorie d'avoir étendu à l'excès la notion de police car, conçue d'une telle façon, celle-ci ne serait plus spécifique ; et, de fait, il est difficile aujourd'hui d'admettre que la police puisse recouvrir toute la puissance publique⁴².

Cependant, cette critique ne nous apparaît pas parfaitement justifiée. Sans doute, de nos jours, la notion de police est-elle beaucoup plus étroite dans l'opinion dominante. Mais si l'on veut apprécier le bien-fondé d'une opinion, il faut se replacer à l'époque où elle a été formulée ; sinon ce serait raisonner comme si les vérités juridiques et les notions devaient toujours rester dans le temps identiques à elles-mêmes. Or, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, il n'est pas illégitime de faire appel à une conception de la police très proche de ce qu'elle était sous l'Ancien Régime, d'autant que, de façon sous-jacente, une telle conception s'est maintenue dans les esprits tout au long du XIX^e siècle et que, dans le cadre municipal, elle avait encore valeur juridique. Certes, la notion de « police de l'Etat » n'était plus qu'une nébuleuse juridique rassemblant toutes sortes d'activités dont les régimes, déjà profondément différenciés par le principe de séparation, se diversifiaient de plus en plus au sein même des seules activités administratives : on voyait bien, conceptuellement, quelles activités regroupait la notion de « police administrative », mais, techniquement, la notion n'était pas acceptable à cause de cette diversité de régimes. Et tant qu'on ne s'attachait qu'à décrire le droit administratif par les règles gouvernant chaque activité, il fallait dégager des notions de régime — la tutelle, le pouvoir hiérarchique, l'acte réglementaire, etc. — et la notion de « police administrative » n'avait pas de raison d'être. Hauriou, cherchant au contraire dans sa théorie du droit public l'unité du droit administratif, fait de ce droit une analyse beaucoup plus externe, qu'interne : il recherche une notion technique qui exprime la spécificité globale de ce droit dérogatoire. Il la trouve dans cette notion de droits de puissance publique. Néanmoins, cette liste ou ce faisceau étant encore dépourvu d'homogénéité conceptuelle, il renvoie, par réminiscence, à cette ancienne notion de police de l'Etat. Ainsi, de son point de vue et contrairement à ce que l'on a dit, la police retrouve une spécificité technique, celle du régime de puissance publique. Simplement, cette spécificité n'est plus celle qu'on lui accorde ou qu'on lui cherche de nos jours. Mais, d'un

42 V. J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200 ; J.L. MARTRE, *op. cit.*, T. I, p. 17. Hauriou a cependant été critiqué dès son époque : V. p. ex. J. PERRINJAQUET, *op. cit.*, p. 41.

autre côté, sa construction ne peut éviter la contradiction car il existe déjà à son époque une notion de police administrative au sens étroit — celle qui est issue de la police municipale désormais administrative — police de nature administrative dont la spécificité est autre ou hétérogène vis-à-vis de l'autre police administrative (au sens large).

Ainsi, Hauriou a tenté de restaurer, voire d'exorciser, l'ancienne notion de police de l'Etat ainsi que sa branche administrative, lesquelles semblent avoir été frappées d'une sorte de malédiction après l'avènement du « régime de droit ». Mais, pour y parvenir, il aurait dû chercher à déceler puis à approfondir l'homogénéité conceptuelle de cette notion ou à la renouveler car il n'est guère plausible qu'elle ait pu franchir la Révolution de 1789 sans en subir les contre-coups. En tout cas, on ne peut pas valablement critiquer la notion de police vue par Hauriou au nom de ce qu'elle est devenue aujourd'hui. Il faut donc se demander avant tout pourquoi elle s'est restreinte de la sorte.

2° L'effet restrictif

60. — Cet effet restrictif n'est certes pas évident pour un observateur contemporain ; en outre, il n'est qu'indirect : il provient en partie de la façon dont la doctrine majoritaire postérieure et le juge, dans une certaine mesure, ont interprété et finalement rejeté la thèse de la puissance publique ; enfin, le processus de la restriction, qui s'est développé sur plusieurs décennies situées entre la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e, est extrêmement complexe : il a été déterminé par une multitude de causes, et la thèse de la puissance publique n'a pas joué un rôle exclusif.

Mais à partir du moment où la police fut assimilée à la puissance publique (comprise exclusivement — sans doute à tort — comme un procédé exorbitant), s'est introduite en elle cette dichotomie fatale, précisément celle des procédés et de la finalité : alors que, dans sa forme municipale au moins, la police comme fonction d'aménagement harmonieux de la cité n'était certainement pas cantonnée, par essence, dans les activités d'autorité ou de puissance publique et englobait au contraire des activités que l'on appellerait aujourd'hui des services publics, la définir comme une activité de puissance publique contribuait à la faire basculer du seul côté de ses procédés d'autorité, c'est-à-dire de la contrainte, de la prohibition, de la réglementation ou de la prescription ; c'était donc travailler à exclure de son champ les services publics qu'elle englobait autrefois.

Sur un plan plus général, la contribution que la théorie de la puissance publique a apportée à la formation de la « clause générale de compétence » (celle qui a commencé à prévaloir à la charnière des deux siècles) a comporté, à notre sens, une incidence capitale,

quoique plus indirecte, sur le destin de la notion de police. A partir du deuxième tiers du XIX^e siècle, le juge administratif a entrepris d'entamer le bloc de la police municipale en se saisissant d'abord des actes d'autorité, la connaissance des actes de gestion demeurant de la compétence des tribunaux judiciaires ; par conséquent, associer la police à la puissance publique contribuait à accentuer l'éclatement de la relative unité technique de la police municipale. Sans doute Hauriou a-t-il favorisé le remplacement de l'ancien critère de compétence par le nouveau, celui de la gestion publique⁴³ et la police municipale retrouvait ainsi une certaine unité puisque les actes de gestion publique relevaient désormais du juge administratif. Mais elle n'a retrouvé cette unité que sous l'égide d'une catégorie qui n'était plus elle-même : elle est devenue purement et simplement une modalité de l'action administrative ; en entrant tout entière — surtout à partir du moment où la responsabilité administrative de la police a été admise — dans la mouvance de la gestion publique, elle se plaçait dans l'orbite du service public avant même que l'Ecole de Bordeaux ne parvienne à dissoudre totalement sa spécificité.

⁴³ Voir son opuscule *La gestion administrative* et ses notes sous les arrêts Olivier Zimmermann et Tomaso Grecco (précités) ; C.E. 6 février 1903, Terrier, S. 1903, III, p. 25 (concl. ROMIEU, *eod. loc.*) ; — 29 février 1903, Feutry, S. 1903, III, p. 97 (concl. TESSIER, *eod. loc.*, note JEZE à la R.D.P. 1903, p. 266) ; — 11 avril 1903, de Fonscolombe, S. 1903, III, p. 49 ; — 4 mars 1910, Thérond, S. 1911, III, p. 17 (concl. Pichat, *eod. loc.*, note JEZE à la R.D.P., 1910, p. 249).

SECTION III

LA POLICE COMME SERVICE PUBLIC

En dépit de leurs excès, malgré toutes les critiques qu'elles ont déchaînées et bien qu'elles ne se soient pas tellement intéressées à la police, les thèses de l'Ecole du Service public ont exercé une influence déterminante sur la vie de notre notion, de telle sorte qu'on ne saurait valablement l'étudier aujourd'hui sans les examiner. En axant notre exposé sur la notion de police, nous le ferons d'abord d'un point de vue objectif (§ 1), ensuite d'un point de vue critique (§ 2).

§ 1. LES THESES DE L'ECOLE DU SERVICE PUBLIC RELATIVES A LA POLICE

Il n'est guère possible de saisir les conséquences de la théorie du service public sur la notion de police (B) sans en rappeler préalablement les prémisses (A).

A. LES PREMISSES DE LA THEORIE DU SERVICE PUBLIC

61. — Comme Hauriou, Duguit a une double préoccupation : d'une part, limiter l'Etat par le droit et, de façon moins typiquement libérale qu'Hauriou, « réconcilier l'individu et la société »¹ ou « mettre au clair l'idée que l'administration est faite pour les administrés et non pour les gouvernants »² ; d'autre part, avec Jèze et ses autres disciples, trouver un principe explicatif unique de la compétence, du régime et du droit administratifs. C'est, on le sait, par la notion de service public que l'Ecole de Bordeaux satisfait l'ensemble de ces préoccupations : cette notion joue donc un rôle absolument universel (2°) parce que, assimilée à l'idée « d'interdépendance sociale », elle constitue d'abord le fondement même de « l'Etat, du droit objectif et de la loi positive »³ (1°).

1° « L'Etat, le droit objectif, la loi positive »

¹ A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2^e éd., p. 196.

² G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, E.D.C.E., 1954, p. 36. Mais c'était déjà là cependant le souci de HAURIU (V. Sect. II, note 18, à propos de la critique de l'administration de Byzance).

³ L. DUGUIT, Paris, 1901.

62. — 1. Bâtissant toute son œuvre — qui se voulait objectiviste et scientifique — sur l'idée ou la loi de solidarité et de justice sociales, Duguit pose le principe selon lequel tous les rapports sociaux sont régis par cette loi. Cette loi d'ordre sociologique devient juridique dès que la « conscience collective » lui attache une valeur telle qu'elle finit par l'assortir d'une sanction sociale. Le phénomène est identique pour toutes règles sociales puis juridiques, dans la mesure où elles constituent toutes une application de la loi fondamentale. C'est donc avant tout la société qui crée le droit comme fait social, c'est-à-dire le droit objectif. L'Etat, lui, constate et sanctionne le droit objectif par la loi positive. Mais, bien qu'il apparaisse à l'observation comme une « puissance irrésistible de contrainte », l'Etat ne constitue lui-même qu'un produit du droit objectif : il est né lorsque l'idée de solidarité sociale a exigé que des gouvernants se différencient de la masse sociale — composée désormais de gouvernés — pour prendre en main la réalisation de cette idée. Ainsi, dans son origine et dans l'exercice de ses pouvoirs, l'Etat est conditionné par le droit objectif. On comprend, par conséquent, de quelle façon cette théorie limite l'Etat par le droit : dédoubler le droit en droit objectif et en droit positif et soumettre ce dernier au premier, c'est en même temps soumettre objectivement l'Etat producteur de règles positives au fait et au but de l'interdépendance sociale. Le contenu du droit ne dépend plus, comme dans la *Willenstheorie*, de la volonté subjective de l'Etat et des gouvernants : il est antérieur à eux et les normes de droit positif qu'ils émettent doivent — ou ne peuvent que — se conformer à son but, le service public, « norme sociale première »⁵.

2. Parmi les multiples définitions de la notion de service public qu'ont proposées Duguit et son Ecole, on doit choisir celle que retient en définitive E. Pisier-Kouchner : « c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de nature telle qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intermédiaire de la force gouvernante »⁶. L'Etat ne se voit donc pas seulement limité mais aussi animé par son unique fonction de service public : celle-ci comporte en effet deux obligations interdépendantes : l'une positive, développer la solidarité sociale ; l'autre négative et qui constitue la première exigence d'une solidarité sociale bien comprise, respecter et protéger les libertés individuelles.

Il est donc clair que la notion de service public joue un rôle universel dans cette construction.

⁴ Cependant, DUGUIT aurait abandonné assez tôt cette idée selon E. PISIER-KOUCHNER. V. son ouvrage, p. 9.

⁵ E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 157.

⁶ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, 1923, p. 54, souligné par nous, cité par E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 157.

2° *Le rôle universel de la notion de service public*

63. — La notion de service public sert à définir aussi bien le droit, les types de règles juridiques, les fonctions juridiques, l'Etat, son organisation, ses activités que la fonction et le régime administratifs.

1. Destiné à réaliser et à développer l'interdépendance sociale, le service public constitue d'abord « la fonction juridique par excellence »⁷. Ainsi, dire que « l'Etat n'a qu'un seul but, le droit, une seule fonction qui comprend (...) toutes les [autres] : la gestion du droit »⁸, c'est poser que l'Etat lui-même n'est qu'une « coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants (...) et non, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il était, une puissance qui commande, une souveraineté »⁹. C'est poser aussi que les fonctions sociales « ont toujours été des fonctions de service public »¹⁰ et que ses fonctions juridiques se réduisent à produire des normes conformes à la norme première. La fonction législative s'est historiquement constituée parce qu'« elle venait répondre à un certain besoin social, précisément et uniquement parce que la loi est une règle générale », c'est-à-dire, pour Duguit, indissociable du concept de droit. C'est donc elle qui satisfait au premier chef l'aspect négatif de l'obligation de l'Etat : « sa fixité, sa généralité, son caractère abstrait constituent la protection la plus efficace de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat » ; elle est « l'instrument et la manifestation de la discipline sociale fondée sur l'interdépendance des hommes vivant en société »¹¹.

2. La fonction administrative, définie également par la nature juridique des règles qu'elle produit, apparaît doublement soumise à la norme de service public : d'abord parce qu'elle est une fonction de l'Etat ; ensuite parce que, dans son activité d'émission de règles de droit, elle est techniquement subordonnée à la fonction législative. Le service public est donc le « procédé technique »¹² de la fonction administrative ou encore « le synonyme du régime administratif »¹³. Bien entendu, le droit administratif est « le droit des services publics »¹⁴ et toutes les grandes notions qui en relèvent se définissent par rapport à l'idée de service public¹⁵. On ne saurait donc

7 E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 169.

8 *L'Etat, le droit objectif, la loi positive*, p. 443, cité par E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 169.

9 *Traité de droit constitutionnel*, T. II, 1923, p. 54.

10 E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 156.

11 DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, p. 150 à 152.

12 G. JEZE, *Principes généraux de droit administratif*, T. II, p. 15.

13 A. de LAUBADÈRE à propos de l'école du service public. Voir *Traité de droit administratif*, T. I, p. 44, § 55.

14 BONNARD, cité par A. de LAUBADÈRE, *ibidem*.

15 V. A. de LAUBADÈRE (*ibidem*) : « Le domaine public est défini comme le domaine affecté aux services publics (DUGUIT) ; on va même jusqu'à dire : « Le domaine public c'est un service public » (JEZE, note R.D.P., 1944, n° 239). Le travail public est défini comme un travail effectué en vue d'un

s'étonner que la police elle-même soit un service public et même l'un des premiers services publics : « le service de police, estimait Duguit, a été de très bonne heure érigé en service public. Je prends, disait-il, l'expression en son sens général, comme désignant le service qui a pour but de faire régner l'ordre, la tranquillité et la sécurité à l'intérieur du groupe social et sur tout le territoire occupé par lui »¹⁶.

Quelles sont donc les conséquences pour la notion de police de cette théorie générale du droit et de l'Etat ?

B. LES CONSÉQUENCES DE LA THÉORIE DU SERVICE PUBLIC A L'ÉGARD DE LA NOTION DE POLICE

Ces conséquences sont immenses, que l'on se place, pour les apprécier, dans la logique de la théorie (1°), ou, indépendamment de la valeur de celle-ci, qu'on les observe du point de vue du destin de la notion de police (2°).

1° *Les implications propres à la théorie du service public : l'annulation de la police en tant que catégorie juridique spécifique*

64. — Pour démontrer que « ce n'est plus le pouvoir de commander (...) [mais] l'obligation d'agir qui apparaît au premier plan »¹⁷, il lui fallait réduire tout le phénomène juridique à une notion *sociale* et trouver une notion *unique* susceptible d'englober toutes les activités de l'Etat, à commencer par le pouvoir de commander. « Hantée par l'idée [et le fait] de la puissance publique »¹⁸, il lui fallait subordonner cette force à l'obligation de service. Ceci exigeait donc d'évacuer, en tant que concept juridique autonome ou spécifique, toute activité ou tout pouvoir susceptibles de concurrencer dans son rôle cette notion unique.

1. La théorie de Duguit interdit donc tout d'abord de comprendre la police comme un droit, ou pire, comme un droit de puissance publique : les gouvernants n'ont aucun droit car cette idée néfaste déboucherait nécessairement sur celle, anti-scientifique et purement métaphysique, de personnalité de l'Etat¹⁹. La police ne constitue

service public (JEZE, note dans R.D.P., 1921, p. 360) ; on va même jusqu'à dire : « Un travail public est un service public » (CAPITANT, R.D.P., 1929, p. 510) ».

16 DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, p. 58-59.

17 DUGUIT, *Les transformations du droit public*.

18 M. HALBECQ, *L'Etat, son autorité, son pouvoir* (1880-1962), L.G.D.J., Bib. Const. et Sc. pol., T. 12, p. 258.

19 « L'Etat n'est pas une personne collective souveraine, mais tout simplement une société dans laquelle un ou plusieurs individus appelés gouvernants possèdent la puissance politique » (Pour une critique de la notion de personnalité, V. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, p. 263 et s.), simple fait social indissociable juridiquement du but auquel elle est ordonnée ; transformer ces pouvoirs en droits subjectifs, ce serait conférer

pas plus une fonction sociale de l'Etat ou de l'administration puisque celui-là et celle-ci n'en exercent qu'une seule, le service public. Elle n'est pas davantage une fonction juridique de l'Etat puisque la classification des fonctions juridiques de l'Etat repose sur la nature des règles qui émanent de ses organes et non sur l'objet matériel ou le but de leurs activités. Même si l'on voulait fonder la spécificité de la police sur sa mission de « maintien de l'ordre, de la tranquillité et de la sécurité à l'intérieur du groupe social (...) », il faudrait immédiatement y renoncer pour deux raisons : les techniques juridiques du maintien de l'ordre trouvent toutes une place dans les diverses fonctions juridiques de l'Etat²⁰ qui, elles, sont spécifiques ; cette activité, quant à son but, est en outre entièrement comprise dans celle du développement de l'interdépendance sociale.

2. Ainsi, de quelque côté qu'on la retourne, la police vue par Duguit ne jouit d'aucune autre place ni d'aucune autre nature que celles-ci : elle ne peut se situer qu'au sein de la fonction de service public pour n'y être qu'un service public comme les autres.

L'évolution des faits et des idées n'a pas manqué d'ébranler la théorie du service public ; mais, curieusement, cela n'a pratiquement pas affecté, dans l'opinion dominante, la nature et la place que cette théorie a assignées à la police : un pas était donc définitivement franchi quant aux rapports entre les notions de police et de service public.

2° Les effets sur le destin de la notion de police : le renversement des rapports de prévalence entre service public et police

65. — Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les services publics qui pouvaient déjà exister (ainsi, d'une façon générale, que la quasi totalité des activités de l'administration) relevaient encore, à des titres et selon des nuances variables, de la notion de police. L'influence considérable de l'Ecole du service public²¹ a renversé cet état de chose. Même la crise de la notion²² n'a pas véritablement

aux gouvernants une autonomie de volonté (voir la Willentheorie) qui aboutirait à l'arbitraire étatique : « Les gouvernants ont des devoirs et n'ont point de droits (...) ; ils ne peuvent gouverner que dans la mesure où ils les remplissent » (DUGUIT, *op. cit.*, p. 97).

20 « Il n'y a pas une de nos lois civiles, politiques, administratives ou pénales qui n'ait pour but d'assurer l'ordre public » (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. III, p. 697). Pour l'auteur, la police s'exerce encore non seulement par des règlements (lois au sens matériel), mais par des actes individuels (actes administratifs au sens matériel et formel). C'est pourquoi il critique à juste titre la définition de la police par HAURIOU qui s'appuyait sur la notion de « sage réglementation » (*op. cit.*, p. 608).

21 V. l'ouvrage collectif consacré à l'influence de Léon DUGUIT, *Congrès commémoratif du centenaire de la naissance de Léon Duguit*, Rev. jur. et écon. du Sud-Ouest, Bordeaux, 1959, et en particulier l'article de A. de LAUBADERE, *L'influence des idées de Duguit sur la doctrine du droit administratif*.

22 V. G. MORANGE, *Le déclin de la notion juridique de service public*, D. 1947, Chron. p. 45 ; M. WALINE, *Vicissitudes récentes de la notion de service public*,

convaincu la doctrine majoritaire que la police puisse ne pas être un service public. Au mieux, la conçoit-on désormais — et cela assez couramment — comme une activité parallèle à celle du service public. Si leurs frontières apparaissent néanmoins enchevêtrées, et si les notions se chevauchent même quelquefois, il n'est en tout cas plus admissible — pour cette seule raison que l'opinion moyenne des juristes l'exclut — que les services publics puissent légitimement relever de la police. Certains auteurs le prétendent encore cependant ; mais c'est en faisant fi d'un processus historique bien trop puissant pour qu'ils puissent faire entendre leurs thèses. Nous verrons comment elles s'expliquent ; il convient auparavant de montrer que cette théorie et les critiques qu'elle a suscitées ne permettent guère de trouver la piste d'une compréhension de la police.

§ 2. L'APPRECIATION CRITIQUE DE LA THEORIE DU SERVICE PUBLIC AU REGARD DE LA NOTION DE POLICE

Loin de nous l'intention de procéder à une critique globale de la construction²³. Deux points seulement nous semblent directement concerner notre sujet : celui des rapports entre service public, puissance publique et police que nous voudrions ici essayer de clarifier (A) ; celui de la place de la police dans la théorie des fonctions juridiques ou constitutionnelles de l'Etat (B).

Rev. Adm., 1948, p. 23 ; B. CHENOT, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, E.D.C.E., 1950, p. 77. Du même auteur, *L'existentialisme et le droit*, R.F.S.P., 1953, p. 57 ; J.M. AUBY, art. précité in *Annales de la Faculté de droit de Bordeaux*, 1951, p. 3 ; J.L. de CORAIL, *La crise de la notion de service public* (préface de P. COUZINET), 1954 ; G. VEDEL, art. précité in E.D.C.E., 1954 ; L. NIZARD, *A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner*, D. 1964, Chron. p. 147 ; J. L'HUILLIER, *A propos de la crise de la notion de service public*, D. 1955, Chron. p. 119 ; du même auteur, *Nouvelles réflexions sur le service public*, D. 1957, Chron. p. 91 ; G. LIET-VEAUX, *La théorie du service public : crise ou mythe*, Rev. Adm. 1961, p. 256 ; G. LECLERQ, *La mission de service public*, D. 1966, Chron. p. 9 ; A. DEMICHEL, *Vers le self-service public*, D. 1970, Chron. p. 281. V. aussi les articles précités de MM. CHAPUS (R.D.P., 1968, p. 235 et s.) et AMSELEK (A.J.D.A., 1968, p. 492 et s.) et J.M. AUBY et R. DRAGO (*op. cit.*), § 354. Comme on le sait, la notion a cependant connu à partir de 1956 un certain renouveau. V. R. LATOURNERIE, *Sur un lazare juridique*, E.D.C.E., 1960, p. 61 et s. ; A. de LAUBADERE, *Revalorisations récentes de la notion de service public*, A.J.D.A., 1961, p. 591 ; J. CHEVALIER, *Essai sur la notion juridique de service public*, Publications de la Faculté de droit et des sciences politiques et sociales d'Amiens, n° 7, p. 137 et s. D. TRUCHET, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public*, A.J.D.A., 1982, p. 427.

23 Il suffirait pour que, sur le plan logique, elle s'écroule par pans entiers — mais cela ne comporterait aucune incidence pratique —, de relever simplement, avec plusieurs auteurs, qu'elle se fonde entièrement non sur une observation objectiviste, expérimentale ou positiviste du droit, mais sur une affirmation de type naturaliste, volontariste ou même moraliste. V. M. HALBECQ (*op. cit.*, p. 258) ; M. WALINE (*Les idées nées de deux grands publicistes français Léon Duguit et Maurice Hauriou*, in *L'Année politique*, mars 1926, n° 4 et 5) ; A. BRIMO (*op. cit.*, p. 205-206).

A. ESSAI DE CLARIFICATION DES RAPPORTS ENTRE SERVICE PUBLIC, PUISSANCE PUBLIQUE ET POLICE

Tout le débat est fondé sur un invraisemblable tissu d'équivoques (1°). C'est la raison pour laquelle on a pu soutenir à peu près n'importe quel point de vue quant aux rapports entre ces notions (2°).

1° L'équivoque des notions de service public et puissance publique

66. — « Par un singulier paradoxe, comme l'a déploré le Professeur Rivero, puissance publique et service public, les deux concepts fondamentaux du Droit Administratif, demeurent des concepts aux contours incertains »²⁴. Il existe en effet autant de notions de service public que de notions de puissance publique.

1. Il y a trois notions de base du service public, à partir desquelles se développent certaines variations et entre lesquelles s'établissent certaines passerelles :

— la première, que l'on doit appeler doctrinale, théorique ou idéologique selon l'usage qui en est fait, correspond à celle de « police au sens élevé » élevé chez Hauriou : elle représente l'idée fondamentale, la *norme constitutive du droit et de l'Etat*, en un mot le postulat de la construction ;

— la seconde, qui peut être dite matérielle ou pratique, se dédouble en deux branches : l'une *organique*, qui ne pose pas de difficulté ; l'autre *fonctionnelle* qui désigne certaines activités de deux sortes : les services publics de la première sont concrétisés par des prestations tangibles ; c'est là la notion la plus étroite car les représentations que l'on peut se faire de la notion en général incluent toujours celle-ci au minimum ; les services publics de la seconde sorte sont constitués d'activités « immatérielles » : la notion peut alors recouvrir toutes les activités de l'administration et de l'Etat, y compris les activités purement normatives ;

— la troisième notion, qui peut être par convention qualifiée de juridique, désigne précisément un *régime juridique*, le régime administratif en ce qu'il apparaît dérogatoire au droit commun ; c'est en ce sens que l'on caractérise quelquefois le droit administratif en disant qu'il est un « régime de service public ».

2. De la même façon, la notion de puissance publique a revêtu trois sens homologues à ceux du service public. Mais, depuis « le déclin de l'ukase », depuis que sous l'influence des thèses de Bordeaux les décisions de l'Etat apparaissent « moins fulminatoires et plus purement service »²⁵, ces trois notions ne nous apparaissent

²⁴ *Droit administratif comparé*, Cours de Doctorat, 1955-1956, p. 51, cité par E. FISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 141.

²⁵ R.E. CHARLIER, *La technique de notre droit est-elle appropriée à sa fonction ?* E.D.C.E., 1959, p. 37.

plus maintenant avec autant d'acuité. Il faut donc se replacer à l'époque où le débat est né :

— en un premier sens, l'idée de puissance publique joue également un rôle théorique, doctrinal ou idéologique ; c'est en ce sens qu'elle constituait l'idée de base des théories allemandes de la Herrschaft et de la Willensmacht, et, dans une certaine mesure, celle de M. Hauriou. Mais il faut se presser d'ajouter : dans une certaine mesure seulement parce que la puissance publique revêtait chez Hauriou deux autres sens concurrents ou complémentaires ;

— elle désigne aussi, non pas tellement des activités (comme le fait la notion de service public dans son acception fonctionnelle) mais des *actes*, les actes de commandement, d'autorité, de puissance publique, ou encore l'ensemble institutionnel dont l'activité consiste à prendre ces actes ; ainsi, en ce second sens matériel, cette notion présente également deux faces, l'une fonctionnelle, l'autre organique ;

— en un dernier sens, la puissance publique est le *régime juridique* auquel est assujettie la mise en œuvre de ces procédés ; elle désigne l'ensemble du droit dérogatoire, le régime administratif.

Quand on sait que le mot de service public a tendu à remplacer, dans le vocabulaire courant, les trois sens homologues de la puissance publique et qu'en outre la notion de police était chez Hauriou quasi interchangeable avec ces deux autres notions, on comprend la somme de malentendus qui peuvent encore alimenter le débat : cela est si vrai que ce « match interminable »²⁶ est devenu pour certains une controverse « verbale »²⁷, « désuète »²⁸ pour d'autres²⁹, irritante en tous cas car les protagonistes n'ont pas suffisamment prévenu que leurs lexiques ne correspondaient pas.

2° L'indifférence relative des points de vue adoptés quant aux rapports entre service public-puissance publique et service public-police.

67. — Le débat service public-police apparaît largement conditionné par le débat service public-puissance publique.

1. C'est en partie à une fausse querelle que se sont livrés Hauriou et l'Ecole du Service public en ce qui concerne la préférence pour les buts ou pour les procédés dans l'explication du régime et du droit administratifs²⁹.

²⁶ E. FISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 16.

²⁷ J.M. AUBY, Préface à la thèse de M. CASTAGNE (*op. cit.*). — V. aussi G. VEDEL (article précité in E.D.C.E., 1954, p. 25) qui dénonce « le jeu de mots » de l'école du service public et « l'analogue verbale » qu'elle entretient entre cette notion et les autres activités administratives, notamment la police.

²⁸ V. F. DREYFUS, *op. cit.*, p. 17 et P. WEIL, *Le droit administratif* (P.U.F., collect. Que sais-je ?).

²⁹ Dans le même sens, V. M. ROUSSET (*op. cit.*, p. 56) qui limite cependant la constatation de l'équivoque à la seule notion de puissance publique : « A la vérité, il semble bien que le débat [entre Hauriou et Duguit] n'ait pu

Nous avons rappelé que, pour le maître de Toulouse, l'idée de but était, selon sa précieuse expression « enkystée » dans celle de procédé exorbitant : la puissance publique est finalisée ; elle ne se réduit pas, comme ont voulu le croire Duguit et Jèze, à son premier sens, celui de puissance irrésistible et inconditionnée : elle porte aussi en elle un régime qui anime et oriente. L'action de l'Etat vers l'intérêt général, qui soumet aux principes de légalité et de responsabilité les actes de puissance publique et les activités à gestion publique de l'administration. Mais, à l'inverse, comme l'a montré Ch. Eisenmann, « l'allègre, virulente et célèbre charge de M. Hauriou contre les écrits de G. Jèze présenté comme l'enfant terrible, c'est-à-dire l'extrémiste de l'Ecole du Service public, est largement dénuée de fondement »³⁰. En effet, la notion de service public n'est pas seulement pour cette Ecole le but final et théorique de l'action de l'Etat, incapable de trouver seul son propre « moteur »³¹ et insusceptible de limiter, par le biais du droit objectif, la volonté des gouvernants : si l'obligation que comporte ce but nécessite l'emploi de la « force gouvernante »³², celle-ci est en retour limitée par ce but : « la notion de service public professée par Jèze, explique Ch. Eisenmann contient une donnée de régime puisque pour le disciple de Duguit, « le service public est toute activité assurée par les gouvernants ou leurs agents ou sous leur contrôle avec emploi des procédés de droit public »³³.

« Régime et procédé étant en fait synonymes »³⁴ pour l'Ecole du service public et pour Hauriou, il ne semble pas que le différend soit très profond entre les deux pensées³⁵ : tout dépend du sens donné à chaque mot. Il en va en partie de même pour le débat

s'engager qu'à la faveur d'une équivoque tenant à l'ambivalence de la notion de puissance publique ».

³⁰ La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, R.D.P., 1972, p. 1437, note 14.

³¹ Préface à la 11^e édition du Précis de droit administratif.

³² Voir la définition du service public par DUGUIT, *supra*, n° 62.

³³ EISENMANN, art. précité, p. 1436. V. aussi E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 295 : « La notion de service public ne remplace donc pas, comme le prétendait Duguit, la notion de puissance publique ; elle n'en est que la mise en œuvre indissociable ». Plus précisément, on doit dire, compte tenu de la diversité des sens du mot puissance publique, que le service public remplace bien chez Duguit la notion de puissance publique comprise selon sa première acception, celle de fondement, mais qu'en son dernier sens, celui de régime, elle en est effectivement « indissociable ».

³⁴ Ch. EISENMANN, *ibidem*.

³⁵ La véritable différence de fond qui sépare les deux pensées ne paraît pas porter sur le critère du droit, de la compétence ou de l'acte administratifs dans la mesure où il semble que, pour l'un comme pour l'autre, « service public et (...) exercice de la puissance publique forment un syndrome tel que les deux notions se trouvent toujours liées » (M. WALINE, Note au R.D.P., 1975, p. 1117, sous C.E. Section 22, novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*). La différence de pédagogie paraît provenir de ce que les prémisses et les objectifs politico-philosophiques ne sont pas identiques ici et là : pour limiter l'Etat, Hauriou a tendance à gommer le but parce que, parfaitement libéral, sa démarche ne vise que cette préoccupation de la limitation de l'Etat, et qu'il veut, pour l'essentiel,

police-service public à propos duquel on a pu soutenir à peu près toutes les opinions quant aux rapports des deux notions.

2. On peut tout d'abord prétendre que la police est un service public³⁶, même si l'on entend inclure sous ce mot police certaines réglementations³⁷ et, à plus forte raison, les activités de prestations matérielles qu'elle exerce (secours aux victimes d'accident par exemple) : il suffit pour cela de faire appel au sens global de la notion de service public : son but final ou son fondement initial sont bien l'intérêt général ou l'interdépendance sociale ; elle fournit, par l'intermédiaire de certains organes — des services publics —, des prestations matérielles et immatérielles ; elle suit un régime exorbitant du droit commun. A ces trois titres et à chacun d'eux en particulier elle constitue bien un service public ; et on s'épuiserait

n'assigner à ce dernier qu'une fonction de gardien des intérêts de la société individualiste ; pour limiter l'Etat, Duguit, au contraire, met en avant le but parce qu'il conteste en même temps les fondements de la société libérale et qu'à son sens la fonction de l'Etat est également de développer l'interdépendance sociale (Sur cette question, V. E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 157 : « (...) Duguit entend néanmoins écarter le fondement juridique de l'Etat libéral » ; p. 159 : « Duguit dépasse donc le point de vue libéral traditionnel dont M. Chapus (art. précité, R.D.P., 1968, p. 255 et s., not. p. 250) montre qu'il est essentiellement celui d'Hauriou »).

Sur le plan de la théorie juridique proprement dite, on peut dire que la véritable opposition entre Hauriou et Duguit porte sur la nature ou l'origine de la limitation des pouvoirs de l'Etat : pour Hauriou, il s'agit d'une « auto-limitation objective » ; pour Duguit, il s'agit d'une hétéro-limitation objective. (Sur ce point, V. M. HAURIU, *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*, Revue de Métaphysique et de morale, 1938, p. 196 s. ; Ch. EISENMANN, *Deux théoriciens du droit : L. Duguit et M. Hauriou*, Revue philosophique, 1930, p. 247 et A. de LAUBADÈRE, art. précité, in *Ann. Fac. Droit et Sciences éco. de Toulouse*, T. XVI, 1968, Fasc. 2, p. 214 s.).

³⁶ V. par exemple A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, T. I, 6^e éd., p. 561, § 1015 : « Par son caractère d'activité administrative d'intérêt général, la police administrative constitue elle-même un service public ». V. aussi L. ROLLAND (*Précis de droit administratif*, 1952) ; R. LATOURNERIE (E.D.C.E., 1960, art. précité, p. 129-130) ; J. RIVERO (*Précis de droit administratif*, p. 381 et 384), cet auteur limitant cependant l'expression « service public de la police » à son sens organique et distinguant nettement, en tant qu'activités, le service public (gestion) d'une part et la police (prescriptions, mais aussi services rendus aux particuliers) d'autre part. Dans le même sens, V. M. WALINE, *Précis de droit administratif*, § 84 et s., p. 438. Cet auteur admet aussi plus loin que la police est un service public en tant qu'« activité » (Voir p. 453, § 875).

³⁷ V. J.L. de CORAIL, in *Encyclopedia universalis*, V^e Service public, p. 908 ; V. aussi du même auteur, *Le juge administratif et la qualification des interventions de l'Etat dans le domaine de l'économie*, in *Mélanges EISENMANN*, 1975, p. 299 ; J.F. LACHAUME, *Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire émanant d'organismes privés gérant un service public administratif*, in *Mélanges STASSINOPOULOS*, L.G.D.J., p. 94 et s. : « Si l'élaboration de la réglementation économique au moyen d'actes réglementaires relève traditionnellement du procédé de police au sens administratif du terme, l'application de cette réglementation économique constitue fonctionnellement une mission de service public et ce d'autant plus que l'on admet aujourd'hui que le service public ne se caractérise pas nécessairement par la fourniture de prestations, mais qu'il existe également — notamment en matière économique — des services publics de réglementations » (p. 105).

vainement à le contester puisque la notion de service public dont on parle ici a été conçue spécialement à cet effet.

On peut, en second lieu, prétendre que la fonction administrative comprend deux activités, le service public et la police, et définir malgré cela toute la fonction administrative par la notion de service public : la contradiction³⁸ se résout en effet en donnant successivement deux sens au même mot de service public : le sens technique ou matériel de prestation dans son premier emploi et, dans le second, celui de régime juridique ou celui d'activité visant l'interdépendance sociale.

Il est loisible aussi, si l'on prend acte de la crise de la notion de service public pour lui dénier son rôle théorique et son utilité juridique dans l'explication et de la compétence et du droit administratifs, de la cantonner, par conséquent, à son sens de prestation matérielle : c'est ce que fait le Doyen Vedel pour qui police et service public constituent deux « modes d'action » de l'Administration, irréductibles l'un à l'autre — la police représentant une « profonde originalité » —, ou encore « deux procédés » du « pouvoir exécutif »³⁹ dont le régime commun est alors expliqué par le recours à une troisième notion, celle de puissance publique au sens de régime.

Mais, par symétrie, l'auteur définit notre notion par la « prescription ». Il faudra alors démontrer cette « profonde originalité » et vérifier la valeur de ce critère, puisque, d'ores et déjà, il apparaît que la police fournit des prestations directes⁴⁰ et que les activités

38 V. la préface de Ch. EISENMANN à la thèse de M. TIMSIT, *La nature et le rôle de la notion de fonction administrative*, L.G.D.J., coll. Bib. D. Public, T. 54, et la critique bibliographique de cette thèse par M. J. ROCHE, R.D.P., 1963, p. 1256. V. aussi Ch. EISENMANN, *Cours de doctorat*, 1953-1954, p. 116 notam. et R. LATOURNERIE (*op. cit.*, *ibidem*); pour éviter cette contradiction au niveau des activités de l'Etat, cet auteur préfère distinguer l'activité d'établissement de règles gouvernant l'initiative privée et celle de prestations de biens ou de services, car il est conscient que police et service public (au sens organique au moins) se recouvrent en partie.

39 Art. précité, E.D.C.E., 1954, p. 25, 33 et 38 : « ...Les tenants de l'Ecole du service public (...) fidèles à leur inspiration (...) n'avaient vu dans l'activité de police que la mise en œuvre d'un service public, du service public ayant pour objet le maintien de l'ordre. Ainsi, une fois de plus, tout se trouvait ramené au service public, alpha et omega du droit administratif. Le malheur est que cette identification reposait sur un jeu de mots. On peut bien — tant la notion de satisfaction des besoins collectifs est vague — parler d'un « service public de la réglementation ou du maintien de l'ordre » et créer ainsi une analogie verbale avec d'autres activités. Il n'en reste pas moins que sur le terrain solide des faits, la réglementation de la police n'est qu'un cadre dans lequel s'exercent des activités privées tendant à satisfaire les besoins des hommes, tandis que le service public a pour objet de satisfaire directement ces besoins. La réglementation de police opère par voie de prescriptions ; le service public opère par voie de prestations. Ceci suffit pour interdire de faire de la première une variété du second » (l'auteur cite aussi la 1^{re} édition du *Traité* de M. WALINE). Dans le même sens, V. également J. RIVERO (*op. cit.*, *ibidem*).

40 On peut citer, en ce qui concerne la police municipale, l'article 97-6° de la loi municipale (art. L. 131-2 C des comm.): « La police municipale (...)

des services publics nécessitent des règlements, c'est-à-dire des prescriptions, ne serait-ce que pour les organiser et les faire fonctionner. Cette difficulté étant propre à la répartition des notions au sein des activités administratives, nous la reprendrons ultérieurement.

Enfin, limitant la notion de service public à son sens matériel, quelques auteurs contemporains ont pu considérer que presque tous les services publics ou bien certains d'entre eux seulement relèvent encore de la notion de police⁴¹. Cela suppose qu'ils aient pu conserver ou restituer à la police son « sens élevé ». Est-ce donc en critiquant la théorie des fonctions de l'Etat élaborée par l'Ecole du service public qu'ils ont pu y parvenir ?

B. LA PLACE DE LA POLICE AU SEIN DES FONCTIONS DE L'ETAT

Si la classification des fonctions de l'Etat et même la notion de la fonction juridique de l'Etat élaborées par l'Ecole de Bordeaux ont pu être critiquées (1°), presque aucune des constructions qui leur ont été substituées ne laisse une place quelconque à la police au sein de la théorie des fonctions de l'Etat (2°).

1° Critique de la notion de fonction juridique chez Duguit

68. — Dans la mesure où, pour Duguit, le service public est à la fois la fonction sociale de l'Etat et sa fonction juridique par excellence, l'auteur est bien obligé, pour parvenir à distinguer plusieurs fonctions dans l'Etat et pour les classer, de les considérer comme des activités de production de règles juridiques. Ces règles sont, dès lors, classifiées non d'après leur objet ou leur fin, mais selon leur forme, leur nature ou leur portée juridiques qui doivent 42

comprendre notamment : (...) le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux (...) de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours (...); V. aussi le § 7 : « Le soin de prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les aliénés (...) dont l'état pourrait compromettre la morale publique (...) » et le § 8 : (...) « le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces »; en ce sens, V. J. RIVERO (*ibidem*) et D. PAPANICOLAÏDIS, *op. cit.*, p. 19 notam.

41 V. *infra*, Section V, § 1, n° 76 et s., à propos des idées de M. PAPANICOLAÏDIS; V. également cette réflexion de M. WALINE qui, dans une note de jurisprudence, évoque « le fonctionnement du service public de la salubrité rentrant dans la police municipale » (R.D.P., 1970, p. 1230). V. aussi la thèse de M. THETGEN (*op. cit.*, p. 309 et 364) qui présente le service public comme un « procédé » de la police municipale.

42 Le système de DUGUIT n'est en effet pas seulement descriptif, mais aussi en partie normatif en ce sens qu'il estimerait inconstitutionnelle une loi — acte émané de l'organe législatif — dont la portée serait individuelle et non générale. V. le *Traité de droit constitutionnel*, T. I, p. 194 et s., T. II, p. 152 et s.

dépendre de l'organe étatique dont elles émanent. Il s'agit donc de fonctions constitutionnelles dont la distinction découle du principe de séparation des pouvoirs⁴³.

Or, si l'on peut définir la fonction comme une « série d'activités liées les unes aux autres en un processus d'action et unifiées par leur commune participation à la vie d'un organisme »⁴⁴, il semble que Duguit ait entièrement confondu fonction et procédé de la fonction, ce qui devrait permettre de critiquer le rejet total de la police de sa théorie des fonctions de l'Etat. En effet, « qui dit fonction, comme l'explique M. Burdeau⁴⁵, dit vue synthétique de l'objet d'une activité (...). Définir la fonction par l'acte c'est oublier que la fonction a d'abord un objet. Accomplir une fonction, c'est faire quelque chose et c'est ce quelque chose qu'il faut préciser avant de considérer les moyens employés. Il ne viendrait à personne l'idée de définir la fonction du menuisier en disant qu'elle consiste à utiliser le rabot, la scie ou le ciseau à froid. C'est pourtant ce que font les juristes » et, en particulier, Duguit. « C'est une aberration, poursuit M. Burdeau, que de prétendre que la fonction de l'Etat est d'accomplir des actes juridiques ». « Cette fonction c'est de réaliser (...) » ce qu'il appelle « l'idée de droit », et « cette réalisation comporte des opérations différentes dont la spécificité dépend de l'objet à atteindre et aucunement de l'instrument que l'on emploie. En soutenant que tous les actes d'une même nature rentrent dans une même fonction, on les amène à faire dépendre la fonction de l'acte, l'objet du moyen, l'idée de la technique utilisée ».

La doctrine du service public reposant donc sur une véritable inversion méthodologique, il n'est plus admissible que la police — si son objet est vraiment, comme le dit Duguit, « le maintien de l'ordre (...) au sein du groupe social » — ne trouve plus sa place dans le cadre d'une théorie des fonctions de l'Etat ; et si rien ne permet déjà d'affirmer qu'elle est encore une fonction de l'Etat, plus rien n'oblige à exclure absolument cette hypothèse. Cependant, à part celle de Ch. Eisenmann, aucune autre classification tendant à remplacer celle de Duguit ne confirme ou n'infirme absolument l'hypothèse.

⁴³ Pour une critique de cette relation, V. G. DRUESNE, *Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français*, R.D.P., 1976, p. 1191.

⁴⁴ G. BERGERON, *Fonctionnement de l'Etat*, Paris, A. Colin, 1965, p. 89.

⁴⁵ *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, R.D.P., 1945, p. 202 et s. ; V. également son *Traité de science politique*, T. IV, 1952, p. 307 et s. — V. aussi sur les notions de « fonction-objet » ou « fonction-fin » les idées de M. EISENMANN étudiées *infra* (Section V, § 2) et G. TIMSIT, *La nature et le rôle de la notion de fonction administrative*, L.G.D.J., 1962, coll. Bib. D. Public, T. 54. La différence que l'on peut voir entre objet et fin d'une activité ne présente pas aux yeux de Duguit de signification juridique, tant la notion de service public, qui est autant un but qu'un objet, est intégrée à celles de fonction, de droit et de règle de droit.

2^e Généralisation de la critique des notions de fonction étatique

69. — 1. La raison de cette indifférence à l'égard de cette hypothèse tient à ce que, depuis l'époque classique, la doctrine s'est intéressée davantage à la « distribution » (Burdeau) des compétences qu'à l'objet ou à la fin pour lesquels elles ont été instituées : on n'a jamais voulu concevoir les activités de l'Etat sans se référer aux organes qui les exercent ou sans intégrer dans la notion de fonction les règles de droit qui gouvernent l'exercice de ces activités ; indéfectiblement, l'analyse des fonctions passe ou bien par celle des actes identifiés par leur place dans l'ordonnancement juridique, ou bien par celle des activités de l'Etat différenciées au moyen de ses organes, ou bien par une synthèse des deux démarches⁴⁶ : *les notions de fonction sont des notions de régime parce qu'il faut limiter le pouvoir en séparant ses organes et en lui imposant des formes*. Cela nous paraît être la raison pour laquelle toutes les classifications qui distinguent les fonctions législative, administrative, exécutive, gouvernementale, judiciaire, juridictionnelle ou autres, n'accordent aucune place à la police ; ou, si elles lui en accordent une le cas échéant, celle-ci est insusceptible de la contenir totalement ou rationnellement : la police dans son intégralité a perdu droit de cité au sein de la théorie des fonctions de l'Etat. Il est donc inutile de passer en revue toutes les classifications ; quelques exemples suffiront.

2. M. Burdeau, tout d'abord, ne nous semble pas tirer toutes les conséquences de sa critique ; et la police — qu'il définit d'ailleurs, cependant, par son objet ou par sa fin, « qui est le bon ordre dans la cité »⁴⁷ — ne trouve pas sa place dans la classification qu'il propose. C'est qu'en effet il lui apparaît « chimérique »⁴⁸ de vouloir identifier les fonctions par leur seul contenu ou leur seule matière, compte tenu de leur « infinie variété ». Il note cependant que certains de ces objets matériels présentent une qualité commune, « à savoir le genre de puissance dont ils supposent l'emploi ». « Les faits, dit-il, nous proposent de l'activité étatique une vue extrêmement simple : elle comporte des décisions et des actes qui mettent à exécution ces décisions, d'où deux catégories de fonctions identifiées cette fois par leur objet » : « la fonction qui consiste à prendre les décisions qui engagent l'avenir du groupe tout entier », et « que l'on peut appeler la fonction gouvernementale » ; et « la fonction qui consiste à mettre en œuvre [ces] décisions (...) que l'on peut désigner fonction administrative (...) et c'est précisément le genre de puissance mise en œuvre qui permet de fournir un critérium juridique ».

⁴⁶ En ce sens, V. BURDEAU (art. précité, not. p. 209) G. TIMSIT (*op. cit.*, Introduction générale) ; Ch. EISENMANN, *Cours de droit*, 1949-1950, p. 12 et s.

⁴⁷ *Les libertés publiques*, 4^e édition, 1972, p. 37 et 44.

⁴⁸ Art. précité, p. 214.

La question qui surgit immédiatement est de savoir où se range alors la notion de police en général : on comprend bien que la police, dans ce système, doit se partager entre la « fonction gouvernementale » et la « fonction administrative » (puisque la lutte contre la pollution, par exemple, — si c'est de la police — appartient bien en partie à la première en ce qu'elle engage l'avenir du groupe tout entier » et en partie à la seconde étant donné qu'elle suppose des règlements, des injonctions, des sanctions, des prestations, c'est-à-dire des « tâches d'exécution »); mais, pas plus que chez Duguit, on ne trouve la clé de la notion de police ni la place de la police administrative en particulier au sein de cette fonction administrative. *Cette constatation conduit donc à se demander si le maintien du « bon ordre dans la cité » ne doit pas transcender, par la seule unité de son objet, la distinction des fonctions gouvernementale et administrative de cette cité.* En d'autres termes, le « maintien du bon ordre » n'est-il pas tout simplement une fonction de l'Etat dont les différents objets particuliers supposeraient chacun la mise en œuvre d'un « genre de puissance » particulier ?

Ni Carré de Malberg, ni Kelsen, ni G. Timsit, ni G. Bergeron, par exemple⁴⁹, n'envisagent davantage la classification des fonctions par rapport à la police de l'Etat. Pour prendre un dernier exemple, que nous importe — sur ce point seulement — la distinction entre « puissance initiale et inconditionnée » d'une part et « activité secondaire et subordonnée » d'autre part ? Elle permet sans doute de poser le principe d'une distinction — à défaut d'en donner chaque fois le critère — entre police législative, police administrative et police judiciaire : elle n'indique nullement le dénominateur commun et spécifique de ces trois polices ; elle ne comporte par suite aucun enseignement sur les rapports entre police et fonction administrative, si ce n'est pour expliquer ces deux notions par un principe commun alors qu'elles ne se recouvrent plus totalement. Mais, dans ces conditions, la police ne fait, en toute hypothèse, plus partie des problèmes théoriques fondamentaux de l'Etat.

Pour résoudre notre problème, il faudra donc le traiter comme si la police parvenait de plain-pied sur ce terrain. Mais, avant de l'étudier comme fonction de l'Etat et de s'engager par conséquent dans une conception semble-t-il bien extensive de notre notion, on doit d'abord examiner la doctrine qui rejette formellement cette hypothèse, dans la mesure où elle la considère simplement comme un procédé de la fonction administrative.

SECTION IV

LA POLICE COMME PROCÉDÉ DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE

70. — Très schématiquement, cette conception est celle de la majorité des auteurs contemporains d'ouvrages généraux de droit administratif. Ils présentent la police, en effet, soit comme l'un des « procédés » du « pouvoir exécutif »¹, soit comme l'un des « modes d'action »² de l'administration, soit comme une « modalité » de « l'action administrative »³, soit comme l'une des manifestations des « activités administratives »⁴.

Parmi ces auteurs, M. F.P. Benoît est cependant le seul à lui reconnaître précisément cette nature de procédé de la fonction administrative tout en l'envisageant aussi au niveau des fonctions de l'Etat. Mais, dans son esprit, le choix des termes n'est pas indifférent car c'est délibérément qu'il réduit la notion juridique de police à ce rôle et à cette place de procédé de la fonction administrative.

Cette thèse étant à la fois représentative — dans son inspiration seulement — d'une tendance générale, et en même temps très originale dans sa formulation et son contenu, elle mérite examen particulier ; sa relative complexité exige, avant de l'apprécier, de la transcrire dans son intégrité.

Nous voulons donc montrer comment, dans l'optique de cet auteur, la définition de la police comme procédé de la fonction administrative exige de nier qu'elle soit une fonction étatique ou administrative homogène (§ 1) et, en second lieu, nous interroger sur la valeur d'une telle construction (§ 2).

1 V. G. VEDEL, art. précité, E.D.C.E., 1954, p. 38, 41 et *Droit administratif*, p. 777 s. et R. CAPITANT, *Encyclopédie française*, T. X, p. 143.

2 G. VEDEL, art. précité, *ibidem*.

3 A. de LAUBADÈRE, T. II, p. 561 s. V. aussi J. MOREAU, J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 11 : « La police est une modalité spécifique de l'action administrative ». L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, p. 395.

4 J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, p. 383 et s. V. aussi M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 1957, p. 566 : « (...) La police (...) s'oppose à une autre forme d'activité de l'administration qu'est le service public » ; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, 1952, p. 501 : « L'entreprise administrative (...) peut utiliser soit le procédé négatif dit de la police, soit le procédé positif, dit du service public ».

49 *Essai d'une théorie fonctionnelle de l'Etat moderne*, 824 p., thèse Paris, 1964 (dactyl.) et *Fonctionnement de l'Etat*, précité.

§ 1. LA NÉGATION D'UNE FONCTION HOMOGENE DE POLICE

Le point de départ de M. Benoît réside dans la recherche d'un principe d'unité pour sa présentation générale du droit administratif. Il le trouve en élaborant une théorie originale des fonctions de l'Etat (A) qui lui permet de dégager une notion spécifique de la fonction administrative; et c'est l'insertion de la police dans cette théorie (B) qui lui confère sa qualité de simple procédé de la fonction administrative.

A. L'ÉLABORATION D'UNE THÉORIE ORIGINALE DE FONCTIONS DE L'ÉTAT

71. — 1. Fondant la notion de personnalité juridique sur l'homogénéité des « missions » qu'exerce l'entité considérée, M. Benoît est tout d'abord amené à doubler la personnalité de l'Etat en « Etat-Nation » et « Etat-collectivité », car il lui apparaît que cette entité exerce deux types de missions différentes : il existe d'une part des missions étatiques consistant à émettre les « normes juridiques primaires » — constitution, lois, décrets — et à définir « la politique générale du pays »; ce sont là les missions de l'« Etat-Nation »; elles répondent à un régime propre dont l'ensemble compose le droit dit constitutionnel⁵. Il existe d'autre part des missions étatiques se caractérisant par « leur subordination aux normes et aux directives émanant des autorités de l'Etat-Nation »⁶; ces missions sont celles de l'« Etat-collectivité »; elles constituent les grandes têtes de chapitres du droit administratif : « services rendus aux habitants, police, gestion du domaine, etc. ».

Etant en quête d'une notion de fonction administrative spécifique, l'auteur se demande si ces missions « primaires » ou « subordonnées » peuvent être groupées en « fonctions » afin de rendre compte de façon plus claire de [leurs] régimes et de [leur] finalité⁷. En effet, pour M. Benoît, une « mission » ne se définit que par son seul objet — par exemple : « maintenir l'ordre dans la rue, gérer le domaine » —, tandis qu'une fonction est un ensemble homogène de missions dont l'unité repose non sur la ressemblance du contenu matériel de ces missions, mais sur leur régime « et notamment (...) l'organe qui les assume » : « une fonction est un ensemble de missions exercées selon un même régime »; elle tend à exprimer « l'ensemble complexe organe-mission-régime »⁸.

Or la distinction classique des fonctions législative, exécutive et judiciaire n'est pas, aux yeux de M. Benoît, apte à opérer ces regroupements parce que chacune de ces fonctions traditionnelles

⁵ *Droit administratif*, Dalloz, 1968, p. 28, § 32.

⁶ *Op. cit.*, p. 29, § 33.

⁷ *Op. cit.*, p. 32, § 37.

⁸ *Op. cit.*, p. 40, § 49.

est exercée par plusieurs organes différents de l'Etat⁹. La classification des fonctions de l'Etat résultant de l'analyse de Montesquieu lui apparaît par conséquent comme une « vue de l'esprit » relevant de « l'art politique » des penseurs du XVIII^e siècle, lesquels voulaient lutter contre la toute-puissance monarchique en distinguant des fonctions particulières afin de susciter l'apparition d'organes concurrents à cette toute-puissance¹⁰; et le tort de la doctrine contemporaine est, pour M. Benoît, de ne pas avoir su se dégager de l'emprise de cette « vision artistique », de l'avoir prise pour l'expression de la réalité scientifique : « au lieu de partir de l'analyse des réalités sociologiques et de celle du droit positif (...) on a, déplore-t-il, pris ces systèmes pour des réalités et on a raisonné comme s'ils étaient effectivement l'analyse de la réalité »¹¹.

2. L'Etat jouissant d'une double personnalité dans « l'analyse scientifique » à laquelle procède M. Benoît, la recherche du regroupement de ces missions en fonctions doit s'effectuer dans le cadre de l'« Etat-Nation » d'une part et dans le cadre de l'« Etat-collectivité » d'autre part.

Dans le cadre de l'« Etat-Nation », l'auteur parvient à dégager deux fonctions gouvernementales : la « fonction gouvernementale générale » et la « fonction d'élaboration des décrets »¹². Mais seules nous intéressent ici les fonctions de l'« Etat-collectivité ».

Les « missions » de l'« Etat-collectivité » étant d'assumer la police et la gestion du domaine et de fournir des prestations diverses, M. Benoît pose le problème de savoir si celles-ci constituent une « fonction » unique ou au contraire autant de « fonctions » spécifiques qu'il y a de « missions » particulières. Or, compte tenu de la distinction énoncée ci-dessus entre « fonction » et « mission », c'est sur la base de la spécificité de leurs régimes et non celle de leurs seuls objets que l'auteur opère les regroupements de ces diverses « missions » : au-delà de certaines particularités caractérisant le régime de chacune de ces « missions » — particularités qu'il estime minimales —, il voit au contraire une césure essentielle entre deux types de régimes : d'une part celui des « missions d'administration générale » de police et de gestion du domaine, missions rassemblées par conséquent en une « fonction administrative »¹³ homogène; d'autre part, celui d'« un certain nombre de fonctions qui ont toutes pour objet un service à rendre à la collectivité »; celles-ci se

⁹ *Traité de droit constitutionnel*, T. II, p. 532 et s.

¹⁰ *V. op. cit.*, p. 33, § 38. V. aussi R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. II, p. 3; Ch. EISENMANN, *L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, Mém. CARRÉ de MALBERG, 1933, p. 165; G. BURDEAU, *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, R.D.P., 1945, p. 202 et s.

¹¹ *Op. cit.*, p. 34, § 40.

¹² *Op. cit.*, p. 46, § 62 et s. Selon le Doyen VEDEL, la distinction entre fonction gouvernementale et fonction administrative « n'a pas de sens ». E.D.C.E., 1954, p. 40, note 5 (art. précité).

¹³ *Op. cit.*, p. 48, § 66.

« caractérisent [en effet] par une organisation et un régime différents de ceux de la fonction administrative » : ce sont la « fonction judiciaire »¹⁴, la « fonction enseignante », la fonction de défense et peut-être même d'autres fonctions, comme la « fonction de recherche ».

Comment la notion de police s'insère-t-elle donc dans cette théorie ?

B. L'INSERTION DE LA NOTION DE POLICE DANS LA THEORIE DES FONCTIONS DE L'ETAT

72. — M. Bénéot admet que la police revêt trois sens différents et aussi un sens général : elle peut tout d'abord désigner la réglementation dont « l'objet » est de « régir directement l'activité des particuliers »¹⁵ ; elle a, en second lieu, le sens d'activité « consistant en des actions faites pour assurer l'application et la sanction de ces réglementations »¹⁶ ; dans un troisième sens, organique celui-ci, le mot désigne « les agents chargés de faire ces actes et ces opérations qui viennent d'être définis »¹⁷ ; en outre, en son « sens général », l'auteur définit la police par l'idée de « prohibition »¹⁸.

Mais il ne suffit pas à l'auteur d'indiquer ces divers sens de la police pour donner de cette notion une représentation significative ou utile. Il ne parvient à cette formulation qu'en l'appréciant au regard de toutes les données de sa théorie.

1. Or, en l'examinant au sein de l'Etat-Nation, il est conduit à expliquer qu'elle ne présente « aucun intérêt » à ce niveau car elle ne se pose pas en tant que notion vraiment juridique, c'est-à-dire, à son sens, en tant que notion comportant un élément de régime spécifique : il existe bien des « lois et des décrets de police » — « le code pénal n'est rien d'autre qu'une vaste loi de police »¹⁹ — mais ces lois et ces décrets de police ne se caractérisent, explique-t-il, par aucune spécificité de régime par rapport aux autres lois ou aux autres décrets. Et c'est de cette constatation qu'il déduit qu'« il n'existe pas au sein de l'Etat une fonction de police unique, mais des missions de police diverses s'intégrant dans les fonctions parlementaires, dans les fonctions gouvernementales, dans la fonction administrative et dans la fonction judiciaire selon des modalités propres à chacune de celles-ci »²⁰.

¹⁴ Il n'y a donc pas non plus chez M. Bénéot de fonction juridictionnelle unique puisqu'il existe deux organes juridictionnels, l'un judiciaire, l'autre administratif : « Ainsi la juridiction administrative est l'un des éléments de la fonction administrative » (*op. cit.*, p. 49, § 66).

¹⁵ *Op. cit.*, § 1351, p. 740.

¹⁶ *Op. cit.*, § 1352.

¹⁷ *Op. cit.*, § 1353.

¹⁸ *Op. cit.*, § 1356, p. 741.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 742, § 1359.

²⁰ *Op. cit.*, p. 744, note 1.

Si « dans le cadre de l'Etat-Nation il n'existe donc aucun phénomène spécifique de police »²¹, il n'en va pas de même au sein de l'« Etat-collectivité », où la notion se présente en tant que « phénomène individualisable ».

2. En effet, pour M. Bénéot, une notion ne semble mériter attention et même n'exister que si elle pose un problème juridique spécifique et si la représentation qu'on en donne est de nature à résoudre ce problème. Or le seul « problème de la police, ce n'est rien d'autre qu'un problème de répartition des compétences à l'effet de prohiber et des attributions correspondantes »²² ; et comme c'est au sein de la « fonction administrative » que, pour la police, ce problème se pose et se résout de façon spécifique, c'est seulement dans ce cadre que notre notion apparaît en tant que « phénomène individualisable ». Elle est en effet, pour M. Bénéot, le « premier procédé »²³ de la fonction administrative (le second étant le service public) et, l'étudier, ce n'est rien d'autre qu'étudier une certaine mise en œuvre des moyens d'action dont dispose l'administration. Ainsi, là aussi, la police ne devient une véritable catégorie juridique que sous sa forme administrative car ce n'est que sous cette forme qu'elle présenterait une « unité certaine »²⁴.

3. Mais on chercherait en vain, dans la suite de l'étude, la moindre trace de cette spécificité de régime. La police ne soulèverait, nous dit l'auteur, « qu'un problème de répartition de compétences et d'attributions »²⁵. On s'attendrait donc à trouver une explication des deux problèmes parmi les plus topiques en matière de police : celui des concours de compétences ou celui des pouvoirs propres de certaines autorités. Mais l'intégration de la police dans la fonction administrative telle qu'il la conçoit l'empêche elle-même d'envisager ces questions : niant les enseignements de la jurisprudence *Labonne*²⁶, il est amené à écrire : « au niveau gouvernemental pas plus qu'au niveau parlementaire il n'y a donc un régime spécifique des missions de police. Dire que le Chef de l'Etat, le Président du Conseil ou le Premier Ministre sont des autorités de police n'a donc aucune signification juridique précise ; isoler dans la masse de l'action gouvernementale les missions qui répondent à l'idée de police est arbitraire puisqu'aucun régime particulier ne justifie une telle qualification. Au plan gouvernemental, il n'y a pas d'autorité de police ; il y a le Gouvernement »²⁷.

La place ainsi attribuée à la police dans la théorie des fonctions de l'Etat présente-t-elle cependant d'autres enseignements quant à son régime ? M. Bénéot répond lui-même à la question : « l'examen

²¹ *Op. cit.*, p. 742, § 1359.

²² *Op. cit.*, p. 743, § 1366.

²³ *Op. cit.*, p. 743, § 1364.

²⁴ *Op. cit.*, p. 744, § 1366.

²⁵ *Op. cit.*, p. 743, § 1365.

²⁶ C.E., 8 août 1919, Rec. p. 737 ; G.A., p. 156.

²⁷ *Op. cit.*, p. 759, § 1399.

de ce procédé ne révèle aucune notion technique nouvelle »²⁸ par rapport aux actes administratifs en général ; de même, « l'usage de la force matérielle par la police ne soulève aucun problème spécifique »²⁹.

On se trouve ainsi face à une situation contradictoire : la police n'existerait comme notion spécifique qu'en tant que procédé de la fonction administrative, mais en ne lui reconnaissant une existence juridique que sous cette forme, on se voit dans l'incapacité de lui découvrir la moindre spécificité effective !

Il y a donc tout lieu de penser que ce n'est pas en s'insérant dans une telle construction que la police parvient à se définir comme catégorie juridique.

§ 2. CRITIQUE DE LA NOTION DE POLICE COMME PROCÉDÉ DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE

M. Benoît est parfaitement conscient, on l'a vu, de la multiplicité des sens et des applications du mot « police » et même de l'existence d'une notion générale de police différente de celle qu'il a choisie. Cette dernière se caractérise par des critères exclusivement formels, c'est-à-dire, pour l'essentiel, le critère des organes compétents (maires, préfets, ministres)³⁰ ; mais nous n'avons pas à apprécier ici la valeur de ces critères car ce choix ne constitue que la conséquence et non pas la cause de la conception que l'auteur se fait de la nature de la police. C'est pourquoi il suffit, pour l'instant, de nous attacher à cette seule question de sa nature de procédé de la fonction administrative.

Or cette conception nous semble susciter des objections majeures. En effet, cette démarche serait admissible si elle n'aboutissait pas à nier en définitive les autres représentations de la notion ; et on se résoudrait à ce sacrifice s'il offrait en compensation quelque utilité. Au lieu de cela, le cadre dans lequel il tente d'enfermer la notion ne la contient pas tout entière ; et, loin de mettre en relief ses caractères propres, il la dissout totalement. Ce sont donc les prémisses de la construction qu'il faut critiquer, c'est-à-dire la distinction mission-fonction (A) et l'appel aux notions de régime (B).

A. CRITIQUE DE LA DISTINCTION MISSION-FONCTION

73. — Lorsque M. Benoît parle de réglementation à « objet » de police³¹, de lois ou de décrets à « objet de police »³² ou de « missions qui répondent à l'idée de police »³³, il reconnaît l'existence

²⁸ *Op. cit.*, p. 743, § 1365.

²⁹ *Op. cit.*, p. 751, § 1385.

³⁰ *V. Op. cit.*, p. 746 et s.

³¹ *Op. cit.*, p. 740, § 1351.

³² *Op. cit.*, p. 742, § 1358.

positive d'une notion de police véritablement homogène qui n'est pas celle qu'il retient. Mais si des décrets, des lois, des missions, des procédés peuvent être dits « de police » à cause de leur « objet », c'est que celui-ci est identique à lui-même dans tout ce qui peut être dit « de police » : on peut donc se demander si cet objet ne doit pas constituer le fondement de la notion puisqu'on le retrouve dans toutes les fonctions de l'Etat où l'auteur nous dit observer la mise en œuvre de « procédés de police » pour remplir des « missions de police ».

Si l'auteur nie que la police soit un phénomène spécifique ailleurs que dans la seule fonction administrative et autrement qu'en tant que procédé de cette fonction, c'est qu'il entend s'attacher à une notion de fonction bien particulière et, corrélativement, se désintéresser de celle de mission.

Mais pourquoi faire absolument prévaloir l'analyse des fonctions sur celle des missions ? Parce que la fonction exprime à elle seule « cet ensemble complexe mission-régime-organe » et que ce dernier élément, tout d'abord, serait le pôle de référence obligé de toute analyse « scientifique » ? Mais on ne voit pas pourquoi l'existence d'un organe serait un fait toujours plus objectif que l'existence d'une mission et le pôle des organes plus scientifique que celui des missions. Celles-ci doivent bien exister en tant que faits juridiquement spécifiques puisque l'auteur, après en avoir identifié un certain nombre, les classe pour établir sur la base de certains regroupements la distinction des personnes juridiques. Pourquoi donc le constat de leur identité serait-il ici plus « subjectif » que ce regroupement aboutissant à un système organique dans lequel les organes eux-mêmes n'ont ni unité organique (la personnalité de l'Etat est dédoublée), ni unité fonctionnelle (chacun des deux Etats remplit plusieurs fonctions) ?

Le fait des organes ne nous apparaît pas plus objectif que le fait des missions, le fait des actes, le fait même de la diversité des régimes caractérisant ces actes ou encore le fait — très bien démontré par M. Benoît — de la contingence des limites de la police quant à son objet. Pourquoi donc bâtir toute l'analyse sur un seul de ces faits objectifs et négliger les autres ? Poser la distinction des organes — Parlement, Gouvernement, Administration — comme le principe nécessaire d'une *summa divisio*, c'est se condamner finalement à se soumettre à la première conséquence de la « vision artistique » de l'Etat, et s'enfermer dans d'autres contradictions : si le même organe peut exercer deux fonctions, on ne voit pas pourquoi une même fonction ne pourrait être assurée par deux organes différents. Il suffirait de changer les éléments constitutifs de cette notion de fonction et d'abandonner l'élément organe comme l'élément régime.

Cela ne présenterait aucun inconvénient, au contraire.

³³ *Op. cit.*, p. 759, § 1399.

B. CRITIQUE DES NOTIONS DE RÉGIME

74. — Si l'on veut appréhender l'essence de la notion de police — c'est-à-dire l'élément commun, spécifique et irréductible de toutes les manifestations de ce que notre droit reçoit comme étant la police —, il n'est pas possible, on le sait, d'élaborer une notion de régime (ou une catégorie technique) de la police, dès lors que celle-ci suit des régimes très différents selon ses actes considérés³⁴.

2. Par ailleurs, si les régimes des actes se rattachant soit à la fonction gouvernementale, soit à la fonction administrative (au sens où l'entend M. Bénéto) présentent chacun certains traits spécifiques, il est non moins incontestable qu'au sein même de chacune de ces fonctions, on peut, avec l'auteur, relever des différences de régime entre les actes de police, de défense, de gestion, de protection, d'enseignement, etc. Mais, on l'a vu, afin de justifier ses regroupements en diverses fonctions, il est obligé de faire le départ entre les différences de régime « essentielles » et celles qui ne le sont pas : ainsi il estime possible de regrouper en une « fonction administrative » les missions d'administration générale, de police et de gestion du domaine, et d'ériger en d'autres fonctions autonomes les missions de défense, d'enseignement, etc. Nous posons donc la question de savoir quel est le critère de distinction entre différences « essentielles » et différences secondaires. Ce critère répond à des considérations sans aucun doute subjectives car ces différences sont nécessairement relatives.

3. « Isoler de la masse de l'action gouvernementale les missions qui répondent à l'idée de police est arbitraire, nous dit M. Bénéto, puisqu'aucun régime ne justifie une telle qualification ». Mais il est aisé de retourner l'argument : scinder la notion de police entre d'une part les arrêtés municipaux et préfectoraux et, d'autre part, les décrets à objet de police ainsi que les décisions « de mise en œuvre de la force publique par le gouvernement » nous apparaît tout aussi arbitraire parce que cette dernière catégorie d'actes ne nous semble pas, quant à nous, suivre un régime essentiellement différent des arrêtés municipaux et préfectoraux de police ; et nous ne pouvons pas accepter de réduire la notion de police à ces seuls actes municipaux et préfectoraux.

4. Enfin, si l'auteur s'autorise à évoquer l'existence d'une « fonction d'enseignement », d'une « fonction de défense », d'une « fonction de recherche », comment peut-il caractériser ces fonctions autonomes autrement que par la particularité de leurs seuls objets respectifs, laquelle s'impose à l'évidence beaucoup plus que les particularités éventuelles de leurs régimes ? Et si c'est l'objet particulier de ces missions qui fait mériter à ces notions d'être érigées en fonctions, pourquoi l'objet particulier de la police — ou mieux, pour reprendre les termes de l'auteur, son « essence » même : la prohibition directe

de certaines activités des particuliers — ne justifierait-il pas qu'on l'érige elle aussi en fonction ?

La construction de M. Bénéto nous semble donc des plus préjudiciables à la cohérence de notre notion qui devient encore plus vague et plus insaisissable : non seulement ce système consacre l'éparpillement de la police dans toutes les fonctions de l'Etat, mais il aboutit encore à sa dilution au sein même de la fonction administrative où l'on ne parvient pas à dégager sa singularité.

Peut-être ces phénomènes sont-ils dus à l'intrinsèque irréductibilité de la police à toute classification des fonctions de l'Etat, laquelle ne suffit pas à compromettre à elle seule la valeur de ces classifications. Mais, compte tenu de l'objet de notre recherche, nous ne pouvons nous résoudre à admettre que ces phénomènes soient inéluctables : les mythes eux-mêmes doivent bien avoir une consistance : n'existe-t-il donc pas d'autres visions de la police qui permettraient, en la considérant comme une fonction (étatique ou administrative), de lui restituer son unité et de lui attribuer une place rationnelle dans la théorie générale du droit public ?

³⁴ V. *supra*, Chapitre introductif, Sections II et III, n° 27 et s. et 32 et s.

SECTION V

LA POLICE COMME FONCTION

75. — Au cours de nos réflexions précédentes, nous avons été amené, par deux fois, à émettre l'hypothèse selon laquelle la police pourrait être une fonction. Mais le principe d'unité envisagé pour cette fonction n'était pas le même chaque fois : la critique, par M. Burdeau, de la notion de fonction telle que la doctrine la retient habituellement nous a conduit, on s'en souvient, à fonder la notion de fonction de police sur le but ou l'objet de celle-ci : le maintien de l'ordre dans la cité ; la critique de la notion de fonction telle que la conçoit M. Benoît nous a, au contraire, incité à penser que la fonction de police pourrait trouver son unité dans le procédé de prescription. Il y aurait donc deux façons possibles de concevoir la police en tant que fonction : soit comme une fonction-fin, soit comme une fonction-procédé.

Or les deux auteurs qui ont élaboré une notion de police en tant que fonction — Ch. Eisenmann et D. Papanicolaïdis — ont montré à juste titre que la police, si elle est bien une fonction, ne peut être une fonction-procédé, du moins si ce procédé doit être celui de la prescription (a fortiori si ce procédé doit être défini de façon plus étroite, par l'idée de prohibition ou de réglementation par exemple)¹ ; mais, pour le démontrer, les deux auteurs ont développé des arguments différents. Pour l'un, M. Papanicolaïdis, la police ne peut être définie par la prescription parce que ce procédé est au service de plusieurs fonctions. Mais la différence qui sépare les deux auteurs est plus profonde, bien qu'ils entendent tous les deux définir la police par sa fin : aux yeux de M. Papanicolaïdis, qui d'ailleurs définit la police beaucoup plus par ses buts que par sa fin, elle est une fonction administrative d'ordre public² (§ 1) ; aux yeux de Ch. Eisenmann, qui la définit beaucoup plus par sa finalité que par ses buts — et, à notre avis, sans exclure absolument toute référence à ses procédés prescriptifs —, elle est une fonction sociale de l'Etat (§ 2).

1 En effet, pour ces auteurs, la police ne fait pas que prohiber : elle enjoint ou réquisitionne, ou encore sanctionne ; elle ne fait pas que « réglementer » (au sens étroit) ; elle peut édicter des lois ou des actes individuels ou encore exécuter des actes matériels.

2 *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, Préf. Ch. EISENMANN, Athènes, 1960. Mais, sauf erreur de notre part, cette formule synthétique ne se trouve pas dans son ouvrage, encore qu'elle corresponde exactement, à notre avis, à l'image qu'il donne de la police.

§ 1. LA POLICE COMME FONCTION ADMINISTRATIVE D'ORDRE PUBLIC

C'est « sur une nouvelle conception du principe de la séparation des fonctions de l'Etat »³ que M. Papanicolaïdis prétend fonder sa théorie générale de la police administrative. Mais il est inutile de reproduire au préalable cette conception : en réalité, cette théorie s'appuie beaucoup plus réellement sur une critique des rapports entre les notions de police et de service public (A). Ceci confère à sa construction une base un peu étroite qui ne lui permet pas d'échapper à certaines contradictions (B).

A. LA CRITIQUE DES RAPPORTS ENTRE POLICE ET SERVICE PUBLIC

76. — Entendant le service public « au sens matériel » (c'est-à-dire en tant que prestation ou quelquefois en tant qu'organe), D. Papanicolaïdis n'admet pas l'opposition que la doctrine établit souvent entre cette notion et celle de police. Or, à partir des arguments qu'il invoque contre cette opposition — arguments dont certains apparaissent tout à fait fondés —, il aboutit à une définition de la police extrêmement extensive qui englobe presque toute l'activité administrative.

1. A son sens, il ne faut pas opposer les deux notions parce que, tout d'abord, le Conseil d'Etat lui-même admet que la police est un service public⁴, en second lieu, « l'élément prestation se rencontre aussi bien dans les activités dites de service public que dans celles de la police » ; plus généralement, police et service public « utilisent les mêmes procédés d'action et visent le même but (la satisfaction de l'intérêt général) » ; par ailleurs, « nombre de normes de police (...) portent sur la conduite des bénéficiaires des services publics (exemple : arrêté municipal interdisant de fumer aux usagers de tramway) »⁵ ; enfin, le maire et le préfet, autorités de police — mais toute la question (que l'auteur ne pose pas) est de savoir s'ils agissent encore en cette qualité —, peuvent réglementer l'activité ou certains aspects de la vie intérieure de quelques services publics⁶ ; le maire, mais sous réserve de la même question, peut

³ *Op. cit.*, p. 26.

⁴ V. les arrêtés cités par l'auteur, *op. cit.*, p. 18-19 : C.E., 17 juillet 1950, *Sté La Mutuelle Richelieu*, Rec. p. 446 ; — 17 juin 1952, *Ville de Castelnaudary*, Rec. p. 595 ; — 24 juin 1949, *cons. Leconte*, Rec. p. 307. V. aussi ces autres arrêts : C.E., 4 mars 1932, *Ville de Versailles*, Rec. p. 274, S. 1932 III p. 113, concl. ETTORI note BONNARD ; C.E., 12 avril 1957, *Mimouni*, D. 1957 p. 413, concl. TRICOT ; C.E., 8 mai 1963, *Commune de Maisons-Lafitte*, Rec. p. 277 ; C.E., Ass. 13 février 1976, *Deberon*, Rec. p. 100, D.A. 1976 n° 88, R.D.P. 1976 p. 1316 note J. ROBERT, J.C.P. 1976 II 16383, concl. GUILLAUME note FR. GAL-LOUEC-GENUYS et H. MATSL, D. 1976 p. 569 note Y. MADIOT.

⁵ Sur tous ces points, V. *op. cit.*, respectivement p. 19 et 89, 93, 21.

⁶ V. *op. cit.*, p. 52 et s. ; l'auteur s'appuie ici notamment sur la note de M. HAURIU sous C.E. 23 janvier 1903, *Cie des chemins de fer économiques du*

même créer des services publics de police ou encore d'autres services publics qui ne sont pas habituellement qualifiés de service de police⁷.

Toutes ces constatations, malgré la question que nous avons formulée, semblent irrécusables. Elles autorisent à énoncer avec l'auteur que « les activités de police visant à satisfaire un besoin d'intérêt général (l'ordre public) constituent des activités de service public ». Mais, par contre, nous ne pensons pas qu'elles permettent d'affirmer que les deux notions sont « juridiquement identiques »⁸ ou, pire encore, que toutes les prestations — ou presque toutes — sont des procédés de la police. C'est cependant à partir de toutes ces constatations que l'auteur formule sa définition de la police.

2. « Par activité de police, écrit-il, nous entendons toute activité (normative, sanctionnatrice, matérielle) qui s'exerce soit en vue d'assurer le bon ordre dans la collectivité ou à l'intérieur des services publics, soit en vue de protéger l'intégrité matérielle du domaine public »⁹.

Ainsi, la référence aux procédés normateurs, sanctionneurs et matériels, dans la mesure où leur énumération épuise la quasi totalité des procédés de l'action administrative, ne joue effectivement pas de rôle dans cette définition de la police : « les procédés de la police administrative, explique l'auteur, ne constituent pas des modes propres et exclusifs de l'action de police ; ils se rencontrent également dans les autres formes des activités publiques »¹⁰. Cependant, s'ils figurent dans cette définition bien qu'ils ne soient pas spécifiques, c'est, semble-t-il, pour mieux montrer que la police est une fonction (puisqu'elle dispose de procédés), fonction qui ne peut donc trouver son homogénéité que dans son but, l'ordre public. Le fait que service public et police « visent le même but d'intérêt général » ne constitue pas pour lui une objection à cette définition finaliste¹¹ : les deux notions de police et de service public « étant juridiquement identiques », il peut, dans la police, englober le service public, d'autant que celui-ci étant conçu « au sens matériel », il n'y voit qu'un organe ou qu'une activité de prestation, c'est-à-dire en définitive un ensemble de moyens destinés à atteindre un but d'intérêt général.

Nord, S. 1904 III p. 49 concl. Teissier, et sur la thèse de M. P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 170 et 364 s.

7 V. *op. cit.*, p. 15 et 49 et s. et P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 42 notamment.

8 V. *op. cit.*, respectivement p. 20 et 9-10.

9 *Op. cit.*, p. 19.

10 *Op. cit.*, p. 25.

11 Aux yeux de M. Bénéit également, « il s'est produit de nos jours une unification totale des finalités de la police et du service public » (*op. cit.*, § 1393, p. 754) ; mais cet auteur en tire une conclusion radicalement différente : dès lors que ces finalités sont identiques, il rejette tout critère finaliste pour la police ; c'est qu'en effet, à la différence de M. Papanicolaïdis, il ne pense pas que police et service public soient des notions « identiques ».

L'ordre public étant conçu « au sens large », il s'ensuit que la notion de police ici retenue est très extensive : selon l'auteur, seules n'en font pas partie la gestion du domaine privé et « les activités normatives exercées (...) dans un but autre que celui de l'ordre public (par exemple dans un but financier) »¹². Ch. Eisenmann estime quant à lui que l'auteur « ne laisse en dehors de la police que les services consistant en des prestations d'ordre économique (ce qui ne peut que difficilement comprendre, précise-t-il, des activités telles que l'enseignement, la mise à disposition du public de musées, de spectacles, de bibliothèques) »¹³, lesquelles feraient donc partie de la police...

Sans doute une telle notion mérite-t-elle des critiques pour son caractère exagérément extensif¹⁴. Mais ce sont les contradictions qu'elle recèle qui nous paraissent devoir susciter les critiques les plus graves.

B. LES CONTRADICTIONS DE LA NOTION DE POLICE

77. — 1. La pierre angulaire de sa construction nous apparaît tout d'abord insuffisamment précisée : « on entend par ordre public, dit-il à la façon d'Hauriou, l'absence de tout trouble matériel ou moral provenant soit d'une conduite privée dommageable aux intérêts de la collectivité (police de l'ordre public), soit de l'accomplissement irrégulier de certaines activités de service public (police organique des services), soit de la dégradation du domaine public (police de la conservation) »¹⁵. Or, dans la mesure où la quasi-totalité des exemples qui illustrent ses développements porte sur des actes ou des matières intéressant la triologie municipale, cette notion d'ordre public se confond-elle vraiment avec l'intérêt général, comme il semble le penser (puisque police et service public visent le même but) ? Si intérêt général et ordre public se confondent, pourquoi la définition de cette dernière notion, qui est purement négative, ne tient-elle aucun compte de la fonction positive que certains auteurs s'accordent à reconnaître à la police et notamment à la « police économique » ? Cette dernière, de surcroît, vise sans contester l'intérêt général¹⁶. Si les services de prestations économiques sont véritablement exclus de la notion, pourquoi y intégrer les sanctions économiques ?¹⁷. On veut bien enfin que la notion de police soit extensive, mais pourquoi en évincer les réglementations

12 *Op. cit.*, p. 19 et 20.

13 Préface, *op. cit.*, p. 6.

14 A cet égard, V. Ch. EISENMANN, Préface précitée ; J. de Soto, *Compte rendu bibliographique* à la R.D.P. 1963, p. 145-146 ; J. MOREAU, *Polices administratives. Théorie générale*, J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 12 ; J.L. MARTRES, *op. cit.*, p. 18 et s. ; P. BON, *op. cit.*, p. 3.

15 *Op. cit.*, p. 46.

16 V. J.L. MARTRES (*op. cit.*) et Cl. KLEIN, *La police du domaine public*, Préf. P. LAVIGNE, L.G.D.J. 1966, coll. Bib. D. Pub., T. 72.

17 V. *op. cit.*, p. 78.

économiques alors qu'*a priori* elles en relèvent davantage que les sanctions prononcées contre un fonctionnaire par son chef de service¹⁸ ? Cette notion d'ordre public nous apparaît donc, pour reprendre le grief qu'il adresse aux définitions classiques de la police, à la fois trop large et trop étroite¹⁹. Par ailleurs, si l'ordre public est conçu « au sens large », on voit mal ce qui justifie d'en écarter le but financier, alors que tel est justement le but de certaines « polices », comme celle de la conservation du domaine public ; n'est-ce pas contradictoire et inutile de rajouter à l'ordre public déjà conçu au sens large l'élément « intégrité du domaine public », alors que cet élément recouvre sans nul doute le but financier cependant exclu de ceux de la police ?

— On doit même se demander si le critère finaliste joue bien un rôle exclusif dans le raisonnement de l'auteur : la vaccination obligatoire contre la variole, l'« assistance médicale obligatoire aux prostituées »²⁰ constituent-elles des « prestations de police » pour cette seule raison qu'elles visent la salubrité et la santé publiques — auquel cas l'acte médical effectué sur un hospitalisé volontaire révélerait également un acte matériel de police —, ou pour cette seule raison que ce sont là des prestations obligatoires — auquel cas l'intervention de « police-secours » sur appel spontané de la victime n'est plus de la police —, ou encore pour ces deux raisons qu'elles visent la santé publique tout en étant obligatoires — auquel cas le critère n'apparaît plus exclusivement finaliste — ?

2. On peut en second lieu s'interroger sur la valeur de l'énumération des procédés : le service public ne serait pas, selon l'auteur, un procédé de la police car cela impliquerait, dit-il, une « confusion entre moyen et but de l'action administrative »²¹ ; est-il opportun, dans ces conditions, de présenter la prestation comme un procédé de la police, puisque par ailleurs le service public est compris, on l'a vu, en son sens matériel... de prestation... ?

Malgré le bien-fondé de la critique de l'opposition entre service public et police, il ne semble pas que considérer les deux notions comme étant « juridiquement identiques » éclaircisse le problème de leurs rapports : si elles sont vraiment « identiques », on ne voit pas comment l'une (la police) peut englober l'autre (le service public) ni pourquoi l'absorption n'est pas complète (certains services publics, économiques notamment, restent en dehors de la police). On ne comprend pas non plus pourquoi l'absorption ne se réaliserait pas en sens inverse (le service public absorbant la police), dès lors que l'intérêt général semble tout de même plus large que l'ordre public. Si les deux notions sont « identiques », la définition de l'une devrait valoir pour l'autre...

¹⁸ V. *op. cit.*, p. 15, 48, 72 et s.

¹⁹ V. *op. cit.*, p. 15.

²⁰ *Op. cit.*, p. 89 et 91.

²¹ L'auteur se réfère ici à une idée de M. EISENMANN que nous discutons *infra* ; mais il en tire des conclusions différentes.

Il apparaît que, de nos jours, les rapports entre police et service public sont infiniment plus complexes, et que l'on ne peut plus en rendre compte par un schéma aussi absolu. En tout cas, pour renverser la prévalence actuelle du service public sur la police, il aurait fallu fournir, pensons-nous avec Ch. Eisenmann, des arguments beaucoup plus péremptoirs et irrécusables²². Tout dans la réflexion de l'auteur laisse penser qu'assez influencé par Maurice Hauriou et par la conception que l'on se faisait de la police municipale au début de ce siècle ou à la fin du précédent, il a traité de la police administrative comme si elle était encore une fonction et seulement une fonction municipale avec le contenu qu'elle présentait au XIX^e siècle.

Bien qu'il l'ait aussi influencé, Ch. Eisenmann, quant à lui, conçoit la police comme une fonction sociale de l'Etat.

§ 2. LA POLICE COMME FONCTION SOCIALE DE L'ETAT

Il s'avère ici indispensable de résumer la théorie des fonctions sociales de l'Etat vue par Ch. Eisenmann (A) avant d'en apprécier la valeur pour notre notion (B).

A. LA THÉORIE DES FONCTIONS SOCIALES DE L'ETAT

La classification des fonctions sociales de l'Etat (2^o) dépend bien entendu de la consistance même de cette notion (1^o).

1^o La notion de fonction sociale

78. — Cette notion repose sur la distinction entre la fin et l'objet de l'action étatique. « L'objet de l'acte, enseignait Eisenmann²³, apparaît comme quelque chose qui est inhérent à l'acte lui-même, comme un élément intrinsèque de l'acte (...); l'objet de l'acte, c'est ce que l'acte dispose (...); au contraire, la fin apparaît comme quelque chose qui y est extérieur, logiquement, qui est au-delà de lui, comme l'est toujours la fin par rapport aux moyens (...). Envisager la fin de l'action, c'est la rapporter à autre chose qu'à elle-même, à un élément, à un donné qui la dépasse (...); cette donnée est celle du service de la collectivité ou le service d'intérêts qui paraissent dépasser l'administration elle-même ». Ainsi, les juristes en général et notamment ceux de l'Ecole du Service public, quand ils distinguent les fonctions législative, administrative et juridictionnelle, définissent en réalité des fonctions-objet : cette notion de fonction vise alors, comme nous l'avons vu,

²² Préface, p. 7.

²³ *Cours de doctorat*, 1953-1954 (p. 67 et s.). V. aussi du même auteur le *Cours de doctorat*, 1949-1950 et le chapitre sur les fonctions de l'Etat in *Encyclopédie Française*, T. X, p. 307 et s. V. aussi G. TRASSAT, *op. cit.*, p. 160 et s.

« le produit de l'activité : la fonction de l'organe, c'est ce qu'il produit »²⁴.

Mais ces fonctions-objet, « fonctions purement juridiques, ne caractérisent pas vraiment, dit-il, les fonctions administrative et étatiques parce qu'elles ne se définissent pas par rapport à la vie de la société », comme le font les fonctions-fin ou « fonctions sociales » et politiques. « Bien des juristes, convient-il, se hérissent contre semblable affirmation » ; mais, à son sens, « il n'est pas possible de comprendre pleinement le droit sans dépasser la sphère proprement juridique (...) puisque le droit (...) reflète, traduit et sert des idées ou des réalités antérieures et supérieures à lui : les fonctions juridiques sont des instruments au service des fonctions sociales (...) ; il s'ensuit que la priorité dans l'analyse [leur] appartient »²⁵.

C'est en regroupant par catégories de plus en plus larges toutes les fins de l'Etat que l'auteur dégage une classification opposant deux fonctions sociales irréductibles l'une à l'autre²⁶.

2^e. La classification des fonctions sociales

79. — 1. La première d'entre elles est la « fonction de législation », dite « fonction législative » ou encore « fonction de police », ces trois locutions étant équivalentes à ses yeux. Elle « consiste à régler la vie sociale, c'est-à-dire à ordonner la conduite des membres de la collectivité-Etat ». En l'exerçant, l'Etat se propose d'établir (...) un certain état de droit (...); il apparaît alors comme le créateur d'un « ordre social ». La seconde fonction, dite de « prestation de services ou de biens », consiste de la part de l'Etat « à fournir une prestation directe » ; « si l'Etat ou l'administration impose à un particulier de la fournir aux tiers, il s'agit de la première fonction »²⁷.

Mais ces deux fonctions sont bien, selon l'auteur, exclusivement fondées sur leurs fins et non sur leurs moyens, puisque « l'idée qu'à chacune des deux fins distinguées correspondraient deux séries de moyens, procédés, actes absolument différents serait tout à fait fautive. Bien au contraire, au service de chacune on constate que ce sont les mêmes moyens qui sont employés »²⁸. Afin de distinguer le plan des fins et le plan des moyens — ou parce qu'il les

²⁴ *Eod. loc.*, p. 69. V. *supra*, Section III, § 2, n° 68, Cpr. avec la critique par M. BURDEAU de cette notion de fonction.

²⁵ *Op. cit.*, p. 71 et 74.

²⁶ A propos de classification tripartite et de la notion d'aide et de surveillance des activités privées, V. p. 98 et s. Cependant, dans son étude de l'*Encyclopédie française* (précitée p. 311), Ch. EISENMANN dégage trois fonctions distinctes, en ajoutant à ces deux-là la fonction de « politique extérieure » ; ce faisant, il se réfère à CARRÉ de MALBERG (*op. cit.*, T. I, p. 260 et s.).

²⁷ *Op. cit.*, p. 77 (souligné par nous) et p. 78.

²⁸ *Op. cit.*, p. 79.

distingue — l'auteur écarte de cette *summa divisio* la notion de service public : en effet, estime-t-il, « en quelque sens que l'on prenne le terme service public — et aussi le terme police — tâche activité, organisme, branche de l'administration —, on peut affirmer que la police est un service public ». Il en déduit que « l'opposition entre ces deux notions est extrêmement fâcheuse ; elle est boiteuse : elle l'est sur le plan de la technique, des moyens et de l'analyse spécifiquement juridique. Et elle ne peut pas correspondre à l'analyse des fins ou fonctions, le service public (tel qu'il est ici défini) étant seulement un moyen, un procédé, qui peut être employé en vue d'atteindre, de réaliser des fins de natures différentes ». Il admet donc, à l'encontre de M. Papanicolaou, que le service public — qui ne se confond pas dans son esprit avec la fonction de prestation — peut être institué en tant que procédé, « pour assumer la fonction de police »²⁹. Par conséquent, conclut-il, il n'est pas juste d'opposer police et service public (...) : « seules deux fonctions doivent être distinguées : police et prestation ».

2. Comme il combine la classification des fonctions-objet avec celle des fonctions-fin³⁰, il combine également cette dernière avec la classification normativiste des actes. Ainsi, par exemple, les actes matériels peuvent servir, comme tous les autres procédés, les deux fonctions-fin. Mais ces actes matériels relèvent « de deux types extrêmement différents », selon la fonction qui les utilise : dans le cadre de la fonction de police, l'acte matériel tend à « l'exécution d'une obligation initiale ou d'une sanction pour inexécution » (dispersion par la force d'une manifestation interdite, etc.) ; dans le cadre de la fonction de prestation, les actes matériels « mettent en œuvre un art ou une technique » (industrie, agriculture, éducation, etc.), si bien qu'ici « ces activités sont ouvertes en concurrence aux particuliers et à l'Etat »³¹.

Ce n'est pas, bien sûr, la gratuité de la construction³² qui nous empêche de suivre Eisenmann ; ce n'est pas non plus le fait qu'en elle-même cette notion « métajuridique » de la police soit insusceptible d'opérer une distinction entre police et police administrative³³ puisqu'au contraire son objectif était, à l'encontre de toute la doctrine, de faire ressortir le caractère commun et spécifique des polices législative et administrative. Ce qui nous gêne, c'est le principe même de cette classification et, par suite, l'insertion en son sein de la notion de police.

²⁹ *Op. cit.*, p. 109.

³⁰ *Op. cit.*, p. 111.

³¹ *Encyclopédie française*, T. X, p. 309-310.

³² A propos de sa théorie, Ch. EISENMANN écrit : « C'est une vue purement théorique et désintéressée qui dit seulement faire connaître et comprendre, qui ne prétend à aucune portée juridique » (*op. cit.*, p. 118).

³³ L'auteur s'insurge contre une restriction de la notion de police à celle de police administrative, celle-ci n'étant pour lui que la forme administrative de la fonction sociale législative (voir *Encyclopédie française*, T. X, p. 309). A propos de la distinction entre fonction de police et juridiction, V. *Cours* précité, p. 119 et s.

B. CRITIQUE DE LA NOTION DE POLICE COMME FONCTION SOCIALE DE L'ÉTAT

80. — Ch. Eisenmann conçoit pour l'Etat et l'administration deux fins concurrentes ou complémentaires, mais en tous cas irréductibles l'une à l'autre³⁴ ; cependant, pour particulariser la fin de la fonction de police par rapport à celle de la fonction de prestation, il fait constamment appel au caractère intrinsèquement normateur ou contraignant de l'ordre social visé par la « fonction législative ». La fin n'apparaît plus, dans ces conditions, bien distincte du moyen. C'est là que réside, à notre avis, la faille de la construction. En effet, ou bien, comme le prétend l'auteur, l'élément normateur ne fait pas partie intégrante de cette fin, et alors la classification des fonctions est instable car elles peuvent encore se réduire l'une à l'autre (1°) ; ou bien, comme nous le pensons, l'élément normateur est en fait, dans la théorie de l'auteur, inhérent à cette fin d'ordre social, mais alors la police, quelle que soit sa nature, ne correspond pas à cette « fonction législative » (2°).

1° L'instabilité de la classification des fonctions sociales

81. — Conformément au principe initial de la thèse, essayons de raisonner tout d'abord comme si la fin était pure de toute idée normatrice, c'est-à-dire, plus généralement, de tout procédé, ou encore de tout moyen. On s'aperçoit alors immédiatement de la fragilité de cette distinction entre fin et moyen parce que ces notions sont relatives : comme l'admet Eisenmann lui-même, au-delà de chaque fin, « il y a toujours un après »³⁵ ; et même sans chercher à atteindre « le *regressus in infinitum* », il est évident, parce qu'on ne peut pas l'atteindre, que chaque fin conçue joue le rôle de moyen

34 M. PAPANICOLAÏDIS au contraire ne connaît pratiquement qu'une fin à l'Administration : l'ordre public ou l'intérêt général. Il résulte de cette différence entre l'une et l'autre pensées certaines variations quant à la classification de quelques obligations ou activités dont la nature est douteuse : les vaccinations obligatoires par exemple sont nécessairement rattachées à la police pour M. PAPANICOLAÏDIS tandis que Ch. EISENMANN les fait relever de la fonction de prestation (voir *op. cit.*, p. 81, 82) : en effet, pour ce dernier, la fonction de prestation postule, au même titre que la fonction de police, la mise en œuvre du procédé normateur : ce n'est donc pas au caractère normateur de l'obligation de vaccination qu'il s'attache, mais à la prestation elle-même, même si par ailleurs elle est obligatoire. Il y a surtout une différence essentielle dans leurs façons de comprendre le concept de fin : pour M. PAPANICOLAÏDIS, elle est matérielle et somme toute assez floue puisqu'elle résulte d'une énumération de buts concrets : absence de désordre, bon ordre, paix, salubrité de la cité ; pour EISENMANN, qui ressent toute la difficulté qu'il y a à définir l'ordre public autrement que par une énumération et tous les inconvénients d'une telle définition (V. *Encyclopédie française*, T. X, p. 309) et qui, dès lors, délaisse cette notion pour lui préférer celle d'ordre social, la fin de la police est beaucoup plus abstraite et, partant, encore plus indéterminée.

35 *Op. cit.*, p. 64. V. aussi G. TIMSIT, *op. cit.*, p. 171 et s.

d'une autre fin. Dès lors, toute activité de l'Etat présente une signification bivalente ; elle est une fin ou un moyen selon le terme par rapport auquel on l'apprécie. Tant que l'on ne peut pas isoler l'alpha et l'omega de cette cascade de fins-moyens, comment dire avec un degré suffisant de certitude : cela est une fin, cela est un moyen ?

Poser la prestation comme une fin susceptible de caractériser une fonction est donc illusoire car des prestations ne sont jamais une fin en soi : on peut bien regrouper en une fin unique les fins particulières des activités de vaccination, d'éclairage de la rue, d'enseignement, d'aide sociale, etc., mais la fin globale et ultime de toutes ces activités n'est pas de remplir une fonction de prestation ; au-delà de cette fin, il y a celle qui consiste à satisfaire certains besoins politiques, économiques et sociaux ; il y a cette fin qui consiste à instaurer un certain « ordre social ». Dans ces conditions, la fin de la fonction de prestation est la même que celle de la fonction de police et celle-ci redevient ce qu'elle était sous l'Ancien Régime, auquel l'auteur fait d'ailleurs quelquefois référence³⁶ ; elle s'identifie même avec l'ensemble du phénomène juridique³⁷. Ainsi, on aboutit à une réduction à l'unité de toutes les fonctions de l'Etat sous l'égide de ce que l'auteur conçoit comme étant la police. La réduction, il est vrai, pourrait s'opérer en sens inverse sous l'égide de la fonction de prestation ; il suffirait de considérer « le service de faire régner l'ordre par l'exercice de la police »³⁸ comme une prestation.

C'est pour empêcher cette réduction des deux fonctions-fin en une seule que l'auteur intègre en fait presque constamment à la fonction de police ou « législative » son élément normateur, c'est-à-dire son procédé privilégié. Par conséquent, la classification recèle une contradiction au niveau de son fondement même, et, de toutes façons, il ne semble pas que la police puisse se ramener à cette notion de fonction législative.

36 V. *Encyclopédie française*, T. X, p. 307. « En premier lieu, l'Etat remplit une grande fonction que l'on peut appeler fonction de police, en restituant simplement ce dernier mot dans le sens qu'il avait couramment du XVII^e au XVIII^e siècle ». V. aussi le *Cours de doctorat*, 1953-1954, p. 100. Mais l'auteur réduit également la police de cette époque à une « fonction de réglementation, de mise en ordre de la vie sociale », alors que la police, nous l'avons vu, n'était pas par essence normative, mais aussi « prestataire » (V. paragraphe préliminaire à la première partie n° 39 et s.).

37 On note la similitude des deux définitions de la police et du droit données par M. EISENMANN : « Le juridique, le droit est la réglementation de la conduite ou, d'un terme plus large encore, de la condition des hommes » (*Cours précité* 1953-1954, p. 220). V. aussi la définition du droit par Hermann ISAY (*Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1929, p. 3, trad. J. FREUND) ; « Le droit a pour tâche l'ordre, c'est-à-dire la réglementation du comportement extérieur des hommes en vue de leur cohabitation au sein d'une communauté », cité par J. FREUND, *Le droit aujourd'hui*, p. 16.

38 V. *Cours précité*, p. 77-78.

2° L'irréductibilité de la police à la classification des fonctions sociales

82. — Bien que l'auteur rappelle que « la fonction de police ne se caractérise pas comme le fait d'édicter des règles de droit » (et que ce n'est donc pas pour lui une fonction-procédé), il ne peut s'empêcher de la définir aussi « comme une *réglementation tendant à mettre en ordre la vie sociale* »³⁹ : la réglementation — qui est ici entendue au sens large —, c'est-à-dire le moyen ou le procédé, est donc bien indissociable du but⁴⁰.

1. Quelle que soit la contradiction, raisonnons maintenant comme si, d'une part, la police était une « réglementation tendant à mettre en ordre la vie sociale » et comme si, d'autre part, les deux fonctions de police et de prestation étaient irréductibles l'une à l'autre, c'est-à-dire comme si le but d'ordre social qu'est censée viser la police était pur de toute fin de prestation. Si l'on raisonne dans ces termes, on doit nécessairement exclure de la police toute obligation consistant à subir ou à bénéficier d'une prestation : on le concédera à la rigueur, pour reprendre les exemples de l'auteur, en ce qui concerne l'obligation de l'enseignement, l'obligation de cotiser et de bénéficier de la sécurité sociale ; intuitivement, on l'admettra plus difficilement pour ce qui est de l'obligation de vaccination⁴¹, ou, surtout, pour prendre un autre exemple, de la mise en chambre de sûreté d'un aliéné⁴².

2. S'il s'agit maintenant d'une réquisition prononcée par le maire — c'est-à-dire de l'obligation faite à un particulier d'exécuter une prestation —, l'auteur la rattache soit à la fonction de police, soit à la fonction de prestation, selon que le bénéficiaire du service est un tiers (fonction de police) ou l'administration elle-même (fonction de prestation)⁴³. Outre la difficulté d'identifier avec certitude le bénéficiaire de chaque type de réquisition, on voit mal pourquoi il faudrait absolument mettre en avant le but de la mesure au détriment du moyen dans le second cas (c'est-à-dire préférer la prestation à la réquisition pour faire de cet acte une manifestation de la fonction de prestation) et le moyen, au détriment du but, dans le premier (c'est-à-dire préférer la réquisition à la prestation, pour ici faire de cet acte une manifestation de la fonction de police). Dans cette théorie, la police nous semble donc écartelée entre les deux fonctions sociales.

3. De la même façon, l'acte matériel relèverait de la police ou de la prestation selon qu'il constitue ou non l'exécution extinctive d'une obligation préexistante de police : les policiers mettant en fourrière une automobile en stationnement irrégulier ou dispersant

³⁹ *Op. cit.*, p. 119.

⁴⁰ Sur la qualité de procédé reconnue à la réglementation, V. *op. cit.*, p. 79.

⁴¹ V. *op. cit.*, p. 81-82 et *supra*, note 34.

⁴² Voir Code de la Santé publique, art. L. 344.

⁴³ V. *op. cit.*, p. 77-78.

une manifestation exécuteraient des actes de police (bien que, chez l'auteur, les prestations obligatoirement subies relèvent de la fonction de prestation) ; mais ils n'accompliraient plus un acte de police lorsqu'ils portent secours à des personnes en danger (à l'encontre du simple requis à cette fin qui, lui, exécuterait un acte de police) ni lorsqu'ils mettent en chambre de sûreté un aliéné (l'aliéné n'a méconnu aucune obligation préexistante dont cette mesure de sûreté constituerait l'exécution extinctive) ni lorsqu'ils transmettent au gouvernement un renseignement d'ordre politique, économique ou social (en effet, en ce dernier cas, les policiers ne procèdent pas à l'exécution matérielle d'une obligation de police préexistante ; ils se soumettent d'abord à des dispositions de leur statut, lequel nous semble bien relever, à raison de son but, de la fonction de prestation ; et d'ailleurs, dans ces deux activités de secours et de renseignement, la police peut parfaitement se trouver « en concurrence » avec des particuliers, collaborateurs bénévoles du service public...).

Il apparaît donc que si la fonction législative ne se comprend, dans le système de Ch. Eisenmann, que par l'appréhension simultanée de son but et de ses facultés normatives, non seulement elle ne s'oppose plus à la fonction de prestation, mais encore elle n'est pas toute la police, et on ne peut, dans ces conditions, assimiler fonction législative et police⁴⁴.

Mais nous ne voyons plus comment identifier notre notion dans le cadre de la théorie des fonctions de l'Etat.

83. — 1. C'est pourquoi il faut laisser là cet aspect de notre recherche et conclure provisoirement à l'impossibilité de trouver pour la police en général et, par suite, pour la police administrative en particulier, une signification univoque et satisfaisante par rapport aux autres grandes notions de notre droit public. On peut cependant constater que la police, sous sa forme municipale, est restée une fonction assez homogène tant qu'elle s'est maintenue relativement en marge du principe de séparation des pouvoirs. Au contraire, dès que de ce principe on a déduit la classification traditionnelle des fonctions de l'Etat et dès que la police a été à nouveau appréhendée au niveau de l'Etat en tant que notion et activité juridiques, elle a tendu à perdre sa nature de fonction. A partir de ce moment, on a admis, avec certaine réticence, l'existence de trois formes de la police, l'une législative, la seconde administrative et la troisième judiciaire — leur distinction théorique passant par celle des trois fonctions étatiques correspondantes — mais aucun principe commun et spécifique à ces trois polices ne s'est plus dégagé des théories générales du droit élaborées en référence au principe de séparation des pouvoirs : toutes trois peuvent bien être analysées comme des manifestations de la puissance publique (encore que ce soit contra-

⁴⁴ Dans le même sens, V. J. du Bois de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Préf. J.M. AUBY, L.G.D.J., 1974, Coll. Bib. Droit Public, T. 115, p. 21.

dictoire pour la police judiciaire à raison de la compétence juridictionnelle) mais, à moins qu'il faille penser que tout est police dans l'activité étatique, cette analyse ne permet pas d'isoler ce que la police en son sens global présente de spécifique par rapport aux autres activités de l'Etat. On peut, de la même façon, les considérer toutes trois comme des services publics, mais cette attitude oblige à annuler la police en tant que catégorie juridique. Il faut bien plutôt convenir que la police est indissociablement puissance publique et service public à la fois, mais, dans la mesure ou en droit positif toute la puissance publique et tous les services publics ne se réduisent pas à la police, cela n'apporte rien à la connaissance de notre notion, sauf sans doute qu'il est difficile d'y inclure, comme on l'a fait, les activités commerciales, c'est-à-dire juridiquement privées, de certains services publics, notamment ceux d'intervention économique⁴⁵.

2. Si la doctrine dans sa généralité reconnaît cependant une nature spécifique à la police, elle ne l'accorde qu'à sa forme administrative, la notion globale de police étant désormais évacuée de la sphère proprement juridique et la quasi unanimité doctrinale sur ces points recouvrant à première vue des divisions profondes quant au critère de distinction entre la notion de police administrative et les autres activités administratives. C'est en se plaçant, au contraire, en marge du système de séparation des pouvoirs que certains auteurs ont mis en relief une notion globale de police. La nature conférée à cette dernière est alors, comme sous l'Ancien Régime, celle d'une fonction étatique ou d'une fonction administrative ; et, comme après la Révolution encore, celle-ci couvre presque toute l'activité administrative. Mais cette vision de la police ne nous a pas paru convenir, soit parce que la notion devient gigantesque et partant bien peu spécifique, soit parce que la classification dans laquelle elle s'insère apparaît instable, soit enfin parce que la notion censée la représenter s'avère incapable d'englober toutes ses manifestations.

Ainsi, toutes ces conceptions de la police, de par leur diversité même, s'annihilent mutuellement ; et, pour se prononcer en fin de compte sur la nature réelle de la police, il faudra bien en dégager une autre.

3. Mais, de cette somme de déconvenues, émerge néanmoins une hypothèse : il semble que la physionomie actuelle de la police — celle, assez vague, d'un pouvoir administratif de réglementation des activités privées dans un but d'ordre public — soit le produit d'un lent et obscur phénomène de dégradation de la notion depuis l'Ancien Régime. La clé de la notion résiderait alors dans les raisons de la distorsion entre, d'une part, sa plénitude, sa cohérence et sa puissance originaires et, d'autre part, sa petitesse et son impalpabilité actuelles.

Mais avant de vérifier cette hypothèse en examinant la notion au sein des activités administratives, il faut poursuivre notre objectif initial, cette fois au regard du seul principe de séparation des autorités judiciaires et administratives ; cette dernière confrontation nous permettra d'achever cet essai d'identification de la forme administrative de la police par la recherche du critère de distinction entre police administrative et police judiciaire.

⁴⁵ Voir J.M. MARTRES, *op. cit.*, T. IV.

CHAPITRE II

LA NOTION DE POLICE ET LE PRINCIPE DE SÉPARATION DES AUTORITÉS JUDICIAIRES ET ADMINISTRATIVES : POLICE JUDICIAIRE ET POLICE ADMINISTRATIVE

Bien qu'«extraordinairement complexe»¹, le problème de la distinction entre police judiciaire et police administrative ne devra pas nous retenir trop longtemps car c'est l'un des rares chapitres du droit de la police à avoir été abondamment étudié par la doctrine. Avant de l'aborder, il nous faut néanmoins indiquer de quelle façon il se pose (A) et quelles précautions méthodologiques doivent être respectées pour le résoudre le plus clairement possible (B).

A. POSITION DU PROBLÈME

84. — 1. C'est bien entendu du principe de séparation des autorités judiciaires et administratives² que découle l'existence d'une distinction entre police judiciaire et police administrative. Proclamé pour la première fois, après la Révolution, par la loi des 16-24 août 1790, ce principe postule d'abord que les «fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives», et que «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 en raison de leurs fonctions». Ainsi, les tribunaux de l'ordre judiciaire doivent se déclarer incompétents en face d'une opération de police administrative, considérée comme émanant d'un «corps administratif»³.

1 C.G. GOUR, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif*, Préface P. COUZINET, L.G.D.J. 1960, Bib. Dr. Pub. T. 26, p. 102.

2 V. J.M. AUBY et R. DRAGO, § 322 et s., notamm. § 324; les auteurs montrent comment le principe s'est formé dès avant la Révolution.

3 Pour des applications anciennes, V. T.C. 15 décembre 1883, *Daille et Alleaume*, S. 1885, III, p. 68; D.P. 1885, III, p. 59; — T.C. 16 novembre 1901,

Réciproquement, ce principe exige que les « administrateurs (...) [ne s'immiscent pas] dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire »⁴ et que les juridictions de l'ordre administratif reconnaissent leur incompétence vis-à-vis des mesures relevant de la police judiciaire. Celle-ci est en effet placée, dans le ressort de chaque cour d'appel, sous la surveillance du Procureur général et sous le contrôle de la chambre d'accusation⁵ ou, de façon plus générale, du juge judiciaire. L'incompétence du juge administratif ne se limite donc pas à la seule fonction judiciaire strictement juridictionnelle : elle s'étend à toutes les questions qui intéressent le « fonctionnement » des services judiciaires ou la « mission » judiciaire, au sein desquelles figure la police judiciaire⁶.

C'est donc ce principe, rappelé ici sous sa plus simple expression, qui a conduit à opérer une césure au sein de l'activité de police, initialement conçue de façon unitaire comme en témoigne la rédaction des articles 16 à 20 du code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. Ce texte semble en effet ne réaliser qu'une division purement technique entre deux aspects d'un même activité ou institution : « La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle (...). Elle se divise en police administrative et police judiciaire. La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'Administration générale ; elle tend principalement à prévenir les délits. La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir ». La définition législative actuelle de la notion de police judiciaire n'apparaît pas très différente⁷.

2. En dépit de cette différence apparemment claire entre les deux types de polices, leur distinction s'avère difficile pour deux ordres de raisons.

Greco c/ Merigne, Rec. p. 811, concl. Romieu ; D.P. 1885, III, p. 59 ; — 9 décembre 1911, *Robin*, D.P. 1914, III, p. 5 ; S. 1914, III, p. 92 ; — 15 novembre 1913, *Lefebvre*, Rec. p. 1114, concl. Romieu ; S. 1920, III, p. 47 ; — 13 décembre 1913, *dame Dionnet*, Rec. p. 125 ; S. 1920, III, p. 47 ; — 30 juin 1914, *Banel et autres*, Rec. p. 121 ; — 22 janvier 1921, *Gilly*, S. 1921, III, p. 41, note HAURIU.

⁴ Art. 189 de la Constitution du 5 fructidor an III ; V. aussi l'art. 3, Section II, Chapitre IV, Titre III, de la Constitution de 1791.

⁵ Voir Code de procédure pénale, art. 13 et 224.

⁶ Sur ces notions, V. notam. G. LIET-VEAUX et D. VEAUX, *De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service judiciaire*, R.D.P. 1945, p. 421 ; G. VEDEL, *Juridictions administratives et service public de la justice*, dans *La Vie judiciaire*, 12 janvier 1953 ; Ph. ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, L.G.D.J., 1956, Bib. Dr. Pub., T. 3 ; C.G. GOUR, *op. cit.* ; Ch. DEBBASCH, *Le juge administratif et le service judiciaire ; vers un prochain passage de la timidité à l'audace*, D. 1962, p. 275.

⁷ Voir art. 14 du Code de procédure pénale : la police judiciaire « est chargée (...) de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte (al. 1^{er}). Lorsqu'une information est ouverte, elle exécute

— Tout d'abord les agents de la police — qu'ils soient autorisés ou personnels de police — ont presque tous une double compétence, judiciaire et administrative : par exemple le maire, autorité de police administrative, est aussi officier de police judiciaire en vertu de l'article 16 du Code de procédure pénale ; sans être officier de police judiciaire, le préfet, également autorité de police administrative, dispose en matière de sûreté de l'Etat de très importants pouvoirs de police judiciaire⁸. Les personnels appartenant aux forces de police peuvent toujours, eux aussi, exercer les deux types de police ; même lorsque leur tâche habituelle consiste à effectuer des actes ou des opérations de police administrative, ils sont tous au minimum — s'ils ne sont pas officiers de police judiciaire ou, si l'étant, ils n'ont pas reçu l'habilitation d'officier de police judiciaire⁹ — « agents de police judiciaire » ou « agents adjoints de police judiciaire » au sens des articles 20 et 21 du Code de procédure

les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions » (al. 2).

⁸ Voir art. 30 du Code de procédure pénale (article 10 de l'ancien Code d'instruction criminelle) (le sous-préfet n'a aucun pouvoir de police judiciaire : C.E. 2 décembre 1953, *Ponzeverra*, Rec. p. 523). Ce dédoublement fonctionnel n'est pas général puisque certaines autorités qui ont des pouvoirs de police judiciaire n'ont pas de pouvoir de police administrative ; les directeurs et sous-directeurs de la police judiciaire relevant du Ministère de l'Intérieur et les directeurs et sous-directeurs de la Gendarmerie relevant du Ministère des Armées, sont eux aussi officiers de police judiciaire (art. 16 C.P.P.), mais n'ont pas de pouvoir de police administrative.

⁹ Sur l'acte d'habilitation à l'effet d'exercer les compétences d'officier de police judiciaire, V. l'article de M. G. DENIS dans *Revue de la Police nationale*, octobre 1973, n° 93, p. 11 et s.

¹⁰ Certains corps d'agents spécialisés ont également une double compétence, fixée par des textes particuliers ; pour une énumération de ces agents, V. l'article C. 68 du Code de procédure pénale ; pour les douaniers, V. Code des douanes, articles 43 à 67 ; pour les agents des Eaux et Forêts, V. les articles 22 et s. du Code de procédure pénale ; pour les agents du service de la Répression des fraudes, V. D. n° 72-308 du 19 avril 1972 ; V. aussi C.G. GOUR, *op. cit.*, p. 175 et s. et J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 148, n° 109. Les membres des forces armées terrestres, aériennes et maritimes (en dehors de la gendarmerie) peuvent aussi participer à des opérations de police administrative (voir J.-Cl. A., Fasc. 201-3) ; mais, à la différence des gendarmes (V. R. CASERIS, *La gendarmerie dans l'exercice de ses fonctions de police judiciaire*, Thèse Paris II, 1972), ils ne sont pas agents ni *a fortiori* officiers de police judiciaire : il n'empêche qu'ils peuvent participer à des opérations de police judiciaire civile, et non pas seulement militaire, en vertu de l'article 73 du Code de procédure pénale (V. aussi l'article 47 de l'instruction interministérielle n° 500 du 20 juillet 1970).

Le dédoublement fonctionnel n'existe pas pour tous les agents participant à la police judiciaire : les brigades de police mobile, créées en 1907 par Clemenceau (arrêté du 22 septembre 1919) n'avaient que des fonctions de police judiciaire ; la qualification de leurs actes ne posait donc pas de difficulté (V. C.E. 6 mai 1936, *Siron*, Rec. p. 507 pour une application du critère organique). De nos jours, il ne semble pas qu'il y ait des personnels de police exclusivement compétents en matière de police judiciaire, même si les membres des « services régionaux de police judiciaire » ou des « sûretés urbaines » au sein de certains commissariats n'exercent normalement que des activités de police judiciaire.

pénale¹⁰. Ce dédoublement fonctionnel a pu faire parler à juste titre d'une « dilution du caractère organique de la police judiciaire »¹¹.

— La mutabilité des opérations de police rend, en second lieu, assez délicate la distinction des deux types d'activités : l'agent de police qui règle la circulation accomplit une fonction de police administrative ; mais, pour reprendre l'exemple classique, dès son coup de sifflet motivé par quelque infraction au code de la route, son activité est susceptible de se transformer en opération de police judiciaire. La métamorphose inverse des opérations s'observe beaucoup plus rarement : si, au sein d'une opération de police judiciaire, il peut se trouver un acte qui, s'il était isolé, serait considéré comme administratif, le juge, en particulier judiciaire, n'accepte pas en général de le détacher de l'opération globale ou complexe dans laquelle il s'insère.

Cette ambivalence générale de la police ne devrait donc pas permettre, *a priori*, de se référer à la qualité de l'agent pour déterminer la nature de l'opération.

3. L'importance pratique de la distinction entre police judiciaire et police administrative serait déjà grande si elle n'emportait que cette différence de compétence juridictionnelle. Mais, au moins jusqu'au revirement opéré par la jurisprudence *Giry* de 1952-1956¹², l'enjeu de la compétence juridictionnelle était considérable car l'application du droit privé par le juge judiciaire le conduisait à ne

11 C.G. GOUR, *op. cit.*, p. 102.

12 Trib. civ. Seine, 28 novembre 1952 et 5 décembre 1952, J.C.P. 1953 II 7371, note G. VEDEL ; C.A. Paris 2 février 1955, Gaz. Pal. 1955, II, p. 169, concl. Dupin, J.C.P. 1955, II, 8619, note ESMEIN ; Cass. crim. 23 novembre 1956, *Trésor public c/ Giry*, Bull. II 407, D. 1957 p. 34, concl. Lemoine, J.C.P. 1956, II, 9681, note ESMEIN, R.D.P. 1958, p. 298, note WALINE, A.J.D.A. 1957, II, p. 91, chron. FOURNIER et BRAIBANT, G.A. p. 454. Saluée comme « la voie royale de la vérité juridique » (G. VEDEL), cette jurisprudence n'a pas, comme on avait pu le craindre, rejoint « la catégorie des grands arrêts sans descendance nombreuse » (J. MOREAU, *Police administrative et police judiciaire, Recherche d'un critère de distinction*, A.J.D.A. 1963, p. 63 et s., p. 80 ; V. aussi sa note sous l'arrêt *Masetti*, C.E. Sect. 8 mars 1963, J.C.P. 1963 II 13268) : V. notamment : Trib. civ. Lyon 20 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963 II p. 195 (aff. *Baud*) ; C.A. Douai 3 janvier 1962, *Lenfant*, J.C.P. 1962, II 12560 not VEDEL ; Trib. gr. inst. Seine 8 mai 1963, *Sté fermière « Libération » c/ Papon*, D. 1964, p. 231, note MAESTRE, J.C.P. 1963, II, 13394, note DEBBASCH ; C.A. Paris 3 juin 1964 (même affaire), D. 1965, p. 98, note MAESTRE, J.C.P. 1964, II, 13833, note DEBBASCH ; Cass. civ. 22 juin 1965, *Sté « Editions France Observateur »*, J.C.P. 1966, II, 14545, note DEBBASCH ; C.A. Orléans 15 juin 1966, *Sté « Le Nouvel Observateur »*, J.C.P. 1967, II, 15104, note DEBBASCH ; C.A. Bordeaux 9 mars 1967, *Issartier*, D. 1968, III, p. 365, note DEMICHEL ; V. aussi Trib. gr. inst. Paris 1^{re} Ch. 15 octobre 1969, J.C.P. 1970, II, 16153, concl. Jégu, note BATIGNE ; — 13 mai 1970, *Vavon*, A.J.D.A., 1970, p. 508, note G. DREYFUS ; — 9 mars 1970, *de Parcevaux*, J.C.P. 1971, II, 16840, note Gen. BURDEAU.

pratiquement jamais sanctionner la responsabilité de l'Etat du fait des actes de police judiciaire¹³.

13 Cette solution se fondait sur le principe d'irresponsabilité de l'Etat du fait de sa fonction juridictionnelle dont la police judiciaire était, on le sait, considérée comme un élément, alors même que la plupart des actes de police judiciaire — en particulier ceux exécutés dans le cadre d'une procédure de flagrant délit ou d'une enquête officieuse ou préliminaire (V. G. DENIS, *L'enquête préliminaire*, Thèse Aix 1973 et Ch. PARRA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Paris 1970) — sont entrepris en dehors de toute décision juridictionnelle, ce qui aurait dû exclure l'application du principe de l'irresponsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle fondé sur la force de vérité légale devant s'attacher à ces décisions juridictionnelles (V. en particulier la note de M. DRAGO sous C.E. 11 mai 1951, *Baud*, C.E. 18 mai 1951, *dame veuve Moulis* et T.C. 5 juin 1951, *Noualek*, S. 1952, III, p. 13 et s.).

Certains textes dérogeaient bien à ce principe ; mais, ou bien ils ne concernaient pas la police judiciaire proprement dite (cf. la loi du 8 juin 1895 mod. L. 9 mars 1932 relative à la responsabilité de l'Etat lorsqu'après un procès en révision telle personne pénalement condamnée était innocentée ; V. aussi la loi du 14 décembre 1964 à propos de décisions du juge des tutelles ; la loi du 17 juillet 1970 à propos de détentions provisoires s'étant terminées par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement : V. J. LEAUTÉ, *Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive*, D. 1966, Chron. p. 62 ; J. PRADEL, *Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée*, D. 1971, Chron. p. 121 ; E. PISIER-KOUCHNER, *La responsabilité de l'Etat à raison d'une détention provisoire et la loi du 17 juillet 1970*, A.J.D.A. 1971, p. 571 ; A. TOUFFAIT, concl. sur la décision de la commission d'indemnisation du 8 juillet 1971, D. 1971, Chron. p. 189 ; A. TOUFFAIT et L. AVERSENG, *Détention provisoire et responsabilité de l'Etat*, D. 1974, Chron. p. 268), ou bien, s'ils étaient applicables aux actes effectués par les officiers de police judiciaire (comme l'article 505 du Code de procédure civile), le juge judiciaire les interprétait d'une façon telle que, non seulement ces officiers, mais encore l'Etat lui-même, ne voyaient presque jamais leur responsabilité engagée (on ne cite que deux cas où la procédure de prise à partie ait réussi : V. HEUMANN, concl. sur C.E. 8 avril 1963, *Masetti*, R.D.P. 1963, p. 293 ; G. VEDEL, *op. cit.*, p. 423). La procédure de prise à partie limitait la responsabilité personnelle des seuls magistrats de l'ordre judiciaire et des officiers de police judiciaire (V. notam. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, p. 496), mais il fallait que les actes litigieux accomplis par tous ces agents s'inscrivent bien dans une opération de police judiciaire et non pas administrative : Cass. com. 6 novembre 1950, D. 1950, p. 738). Elle était en outre limitée aux seuls cas de dol, fraude, concussion, faute lourde professionnelle ou déni de justice. Ces fautes étaient tellement difficiles à prouver qu'il en résultait une irresponsabilité de fait des officiers de police judiciaire (les agents de police judiciaire, eux, ne bénéficiaient pas de ces garanties : voir C.A. Lyon 10 avril 1956 et Trib. civ. Lyon 20 novembre 1961, J.C.P. 1962, II, 12560, note VEDEL). Bien que les dispositions de l'article 505 ne fussent destinées qu'à protéger les seuls intéressés contre leur responsabilité personnelle, l'Etat, « auquel les agents publics [servaient] de boucliers » (A. DEMICHEL, note sous C.A. Bordeaux 9 mars 1967, *Issartier*, D. 1968, p. 365), n'était pas inquiet non plus lorsque la procédure de prise à partie échouait : le juge judiciaire refusait d'appliquer l'article 1384 du Code civil car il estimait que « si les agents de la force et de l'autorité publique sont des préposés de l'Etat pour des actes de police administrative, ils ne le sont plus pour les actes de police judiciaire » (C.A. Montpellier 17 juillet 1929 cité par E. PISIER-KOUCHNER, *La responsabilité de la police*, P.U.F. Dossiers Thémis, p. 67 ; V. aussi Trib. civ. Lyon 25 mars 1953, D. 1954, III, p. 427, note P. GERVESIE).

Il ne nous appartient pas de rappeler en quoi cette attitude était critiquable¹⁴ ni comment s'est réalisé ce revirement qui a amené le juge judiciaire à appliquer en la matière des règles de responsabilité issues de droit public¹⁵. Cependant, cette irresponsabilité, dans la mesure où elle était généralement mal acceptée par la doctrine et par le juge administratif, a, en retour, entraîné des conséquences sur la façon de délimiter les compétences : certaines jurisprudences administratives sont apparues pour soustraire au juge judiciaire des actes dont il aurait normalement — c'est-à-dire par application du ou des critères habituels de distinction des polices — dû connaître ; de la même façon, la doctrine a proposé des critères de distinction entre les deux polices destinés à déplacer leurs frontières car il semblait opportun d'attribuer compétence au juge administratif pour des actes qui, normalement, auraient dû lui échapper. A l'inverse, l'admission, après 1956, de la responsabilité de l'Etat du fait de la police judiciaire a provoqué indirectement de nouvelles rectifications de frontières entre les deux polices, sans que toutes les jurisprudences particulières évoquées ci-dessus et élaborées sous l'empire du régime d'irresponsabilité de la police judiciaire aient été abandonnées.

Ce sont là certaines des causes qui expliquent la complexité extrême de cette distinction. Aussi convient-il de ne l'aborder qu'après avoir posé certaines règles de méthode.

B. RÈGLES DE MÉTHODE

85. — 1. Il semble que, d'une façon générale, la doctrine se soit, à propos de cette question, intéressée davantage au problème de

Depuis lors, l'abrogation de l'article 505 du Code de procédure civile a été prévue par la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 (art. 16) ; cette loi pose désormais le principe selon lequel l'« Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice » (art. 11) ; mais les conditions de cette responsabilité sont restrictives (« faute lourde » ou « déni de justice ») et surtout son champ d'application reste assez incertain : M. AUBY, dans son commentaire de cette loi (*La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire (l'article 11 de la loi 72-626 du 5 juillet 1972)*, A.J.D.A. 1973, p. 4, estime que les activités de police judiciaire en relèvent ; Martine LOMBARD (*La responsabilité de l'Etat, du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*, R.D.P. 1975, p. 585, not. p. 612-618) interprète de façon beaucoup plus restrictive, dans l'intérêt même des victimes, la notion de « service de la justice » (V. aussi sur cette question F.P. BÉNOT, *Collectivités locales*, T. II, p. 796 et s.).

- 14 V. en particulier les notes de MM. R. DRAGO sous C.E. 11 mai 1951, *Baud*, S. 1952, III, p. 13, concl. Delvolvé ; G. VEDEL, sous Trib. civ. Seine 5 décembre 1952, J.C.P. 1953, II, 7371 ; J. RIVERO sous T.C. 9 juillet 1953, *Nardon*, *Bernadas, Delaitre* (3 arrêts), J.C.P. 1953, II, 7797.
- 15 Sur l'ensemble de la question, V. les notes précitées sous l'arrêt *Giry*, P. LOUIS-LUCAS, *Du juge compétent pour accorder réparation des dommages causés par la police judiciaire*, D. 1965, Chron. p. 227 (critique) ; P. FERRARI, *Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire*, Thèse Paris 1972 (multigr.) ; P. WEIL, *A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles de droit public, ou : les surprises de la jurisprudence Giry*, in *Mél. EISENMANN*, 1975, p. 379.

la détermination de la compétence juridictionnelle pour connaître des actes plus ou moins rattachables à la notion de police (administrative ou judiciaire) qu'à la définition même de la notion de police (administrative ou judiciaire). Or la distinction police judiciaire-police administrative n'est que l'une des applications du principe de séparation des autorités judiciaires et administratives. Ce principe, en effet, s'applique aussi à des actes qui ne sont pas nécessairement policiers (comme « les actes relatifs à la saisine des juridictions judiciaires » ou les « actes de procédure et d'instruction », les « actes de saisies », les actes d'« exécution de jugements »¹⁶ ; et il n'y a a priori aucune raison pour que les critères de distinction valables pour ces actes s'appliquent également à ceux de la police proprement dite (judiciaire ou administrative)¹⁷. Par conséquent, il faut être conscient de ce qu'il est sans doute vain de vouloir à toute force dégager un critère unique valable pour tous ces actes, policiers ou non, et de ce que certaines controverses sur le critère de distinction entre police administrative et police judiciaire peuvent être alimentées par le fait qu'il n'y a pas de définition préalable de la notion de police (administrative ou judiciaire).

2. En outre, même à propos des actes qui peuvent être indubitablement considérés comme policiers, il ne faut pas établir la double équation : compétence administrative = police administrative (ou inversement), compétence judiciaire = police judiciaire (ou inversement) : la nature administrative ou judiciaire de l'acte de police peut ne pas avoir joué de rôle pour la détermination de la compétence juridictionnelle lorsque celle-ci résulte de l'application à l'espèce de telle autre théorie (comme celle de la voie de fait ou des collaborateurs occasionnels du service public), de telles dispositions textuelles (comme celles accordant compétence au juge judiciaire en cas d'atteinte à la liberté individuelle), ou de telles techniques jurisprudentielles (la technique des blocs de compétence par exemple) : la compétence peut donc être judiciaire même s'il s'agit de police administrative ; elle peut être administrative même s'il s'agit de police judiciaire. C'est là une autre source de complications et de malentendus qui ne paraît pas avoir été suffisamment soulignée, ainsi que l'a montré M. Moreau¹⁸.

16 Voir J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 430 et s. ; les auteurs étudient distinctement ces actes et ceux de police judiciaire auxquels ils accordent une « place particulière parmi les actes préalables aux jugements » (§ 432).

17 De même, à l'inverse, il n'y a a priori aucune raison pour que le critère de distinction entre les deux formes de police (judiciaire ou administrative) s'applique à la distinction entre les actes de police administrative et les opérations ou faits de guerre par exemple. Sur ce point, V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 76 ; A. PLANTIEY, *La responsabilité administrative du fait de la force publique*, E.D.C.E. 1973, p. 21 et s. ; V. aussi Fr. MODERNE, note sous C.E. 22 octobre 1975, *Sté Saada et autres*, Gaz. Pal. 3-4 mars 1976.

18 V. son article précité à l'A.J.D.A. 1963 (p. 82, n° 43). V. aussi COUZINET, *L'élargissement de la compétence du juge administratif*, Thèse Toulouse 1973, not. p. 59.

Cet auteur a procédé en 1963 à un examen minutieux de la jurisprudence et de l'ensemble des critères qui ont été proposés par la doctrine pour rendre compte de cette distinction. Malgré le temps écoulé depuis cette date, les conclusions de cette étude exhaustive ne nous semblent pas pouvoir, pour l'essentiel, être remises en cause. Aussi voulons-nous montrer, avec cet auteur, que c'est bien un critère matériel de type finaliste qui reflète le mieux le droit positif en la matière, et que tous les autres critères ne peuvent être que repoussés.

Section I - Défense et illustration du critère finaliste.

Section II - Rejet des critères non finalistes.

SECTION I

DÉFENSE ET ILLUSTRATION DU CRITÈRE FINALISTE

Bien que le critère finaliste soit certainement, en l'état actuel du droit positif, le meilleur de tous (§ 1), il comporte néanmoins certaines limites qui ne compromettent pas véritablement sa valeur (§ 2).

§ 1. LA VALEUR DU CRITÈRE FINALISTE

86. — C'est à propos de la célèbre affaire *Baud* (C.E. 11 mai 1951)¹, que M. Delvolvé a élaboré le critère finaliste. Le commissaire du gouvernement a cherché à éclairer la distinction des deux polices en raisonnant par rapport au principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives. Il a déduit de ce principe que, dès lors que l'agent exécute un acte qui peut « concourir à l'information du juge », il agit en tant qu'« auxiliaire de la justice » et qu'il n'y a pas lieu de s'attacher aux faits que cet agent ait ou non reçu des instructions du Parquet, qu'il l'ait ou non avisé de sa démarche, qu'il ait été ou non officier de police judiciaire, faits auxquels la jurisprudence antérieure accordait un effet déterminant. M. Delvolvé a donc formulé en ces termes le critère finaliste : l'opération « est judiciaire à partir du moment où elle a un objet précis pouvant donner lieu à poursuites correctionnelles ou criminelles² (...) » ou a pour but « la recherche d'une infraction précise » ;

¹ S. 1952, III, p. 13, note R. DRAGO : il s'agissait d'une « affaire-limite » selon le commissaire du gouvernement : des inspecteurs de police, qui n'avaient pas qualité d'officiers de police judiciaire, étaient chargés de rechercher une bande de malfaiteurs ; ils agissaient dans le cadre d'une « enquête officieuse » (de nos jours, sous l'empire du code de procédure pénale, on parlerait d'« enquête préliminaire », c'est-à-dire d'une enquête effectuée sans mandat du juge d'instruction et même quelquefois sans instruction du Parquet ; V. G. DENIS, *L'enquête préliminaire*, op. cit.) ; l'affaire apparaissait enfin comme un cas-limite car la victime du coup de feu qui s'était enfui à la vue du policier n'était sans doute pas l'individu recherché dans le cadre de l'opération litigieuse.

² L'exclusion par M. Delvolvé des contraventions (V. aussi C.G. GOUR, op. cit., p. 123) ne tient qu'à la rédaction de sa formule et non au critère finaliste lui-même. Elle irait à notre sens à l'encontre de la lettre même des codes d'instruction criminelle et de procédure pénale et d'un certain nombre d'arrêts antérieurs : V. T.C. 15 novembre 1913, *Lebevre*, S. 1920, III, p. 47 ; C.E. 13 juillet 1906, *Berthon*, Rec. p. 884 ; — 20 janvier 1922, *Bardon*, Rec. p. 46. Les arrêts qui font hésiter M. Delvolvé et M. Gour et qui se prononcent en faveur de la compétence administrative alors qu'ils portent sur des faits constitutifs d'infractions contraventionnelles, mettent en cause en réalité non des opérations de police judiciaire, mais ce que l'on appelle

au contraire, « tant que l'agent exerce une mission de contrôle ou de surveillance générale, tant que son enquête n'est pas orientée sur une infraction correctionnelle ou criminelle précise, il est dans l'exercice de la police administrative ».

Malgré la nouveauté de sa formulation, ce critère n'apporte pas de solutions radicalement révolutionnaires par rapport au sens général de la jurisprudence antérieure. Son premier intérêt tient à ce qu'il permet, d'une part, de surmonter les contradictions que comportait cette ancienne jurisprudence et, d'autre part, de lever les hésitations auxquelles celle-ci conduisait : en effet, tout en remettant à leur juste place les anciens critères qui n'étaient bien souvent qu'apparents, il met en relief le véritable critère qui, de façon inexplicite, déterminait précisément le sens général des solutions antérieures (A). Son second intérêt est d'avoir cependant conduit à l'abandon de certaines de ces solutions qui n'étaient pas admissibles (B).

A. LA CONFIRMATION EXPLICATIVE DES SOLUTIONS ANCIENNES PAR L'APPLICATION DU CRITÈRE FINALISTE

Les contradictions et les hésitations de la jurisprudence antérieure provenaient de ce qu'elle mettait en œuvre deux sortes de critères : principalement, elle utilisait différents critères formels assez disparates ; subsidiairement, elle appliquait certains critères matériels assez insaisissables. Or le mérite du critère finaliste est de réduire à l'unité tous ces critères formels (1°) et d'éclairer le sens des critères matériels qui, jusque-là, demeuraient assez difficiles à identifier (2°).

1° La réduction des anciens critères formels à leur unité matérielle

87. — Ces critères formels pouvaient, selon le cas, être tirés de ce que l'agent était intervenu à la suite d'un mandat émis par

des « mesures de sûreté » (voir art. L. 344 du code de la santé publique) : ces mesures ne saisissent pas ces faits en tant qu'infractions pénales, mais en tant que troubles à l'ordre public dont il faut prémunir les intéressés et les tiers : voir T.C. 13 décembre 1913, *dames Dionnet et Proton*, S. 1920, III, p. 47 (mise en chambre de sûreté pour ivresse publique) ; V. aussi T.C. 25 février 1922, *Immarigeon*, Rec. p. 185 ; C.E. 25 octobre 1968, *dame veuve Bille* (Rec. p. 875 ; R.D.P. 1969, p. 176) : bien que l'ivresse publique soit une infraction, le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour connaître des conséquences dommageables de la mise en chambre de sûreté pour ivresse d'une personne trouvée gisant dans sa voiture (en réalité elle était atteinte d'une hémorragie cérébrale) ; T.C. 7 juillet 1975, *Soustre et Caisse primaire d'Assurance maladie de Saint-Etienne c/ Etat* (Rec. T. p. 1172) : intervention d'un officier de police dans un débit de boissons à l'effet de conduire un consommateur — qui, selon l'officier, était pris de boissons — jusqu'au commissariat : compétence administrative ; C.E. 12 juin 1968, *Lenormand*, Rec. T. p. 1097 : le juge administratif se déclare

le juge d'instruction³, avait agi sur instructions du Parquet⁴, lui avait transmis les pièces de la procédure⁵, jouissait d'une qualité exclusive d'organe de police judiciaire⁶, ou encore avait accompli l'opération litigieuse sur la base d'un texte lui conférant des pouvoirs explicitement judiciaires⁷.

Or tous ces critères formels avaient en réalité un plus petit commun dénominateur : l'objet ou le but des opérations. En effet, presque à chaque fois que le juge s'était prononcé en faveur de la compétence judiciaire au vu de l'un quelconque de ces éléments formels, l'opération visait en fait un but de constatation d'infraction, de recherche ou d'arrestation de son auteur⁸. Au contraire, lorsque le juge s'était prononcé en faveur de la compétence administrative — mais en ce cas en se fondant soit sur l'absence de ces éléments formels, soit sur la nature matérielle des circonstances de l'espèce (car bien peu d'éléments formels peuvent caractériser la police administrative) —, l'opération ne visait pas un tel but mais avait simplement un objet général de contrôle ou de surveillance⁹.

incompétent pour connaître d'une action en indemnité pour les fautes qu'aurait commises la police en dressant procès-verbal d'une contravention, l'opération se rattachant à la police judiciaire.

³ C.E. 9 novembre 1932, *Devos*, Rec. p. 898.

⁴ C.E. 6 novembre 1942, *dame veuve Saint-Martin Arrandia*, Rec. p. 305.

⁵ T.C. 15 décembre 1883, *Daille c. Alleaume*, Rec. p. 949 ; S. 1885, III, p. 68 ; — 18 décembre 1943, *Fouquère*, Rec. p. 325 ; — 14 décembre 1946, *Poret*, Rec. p. 322 ; C.E. 31 janvier 1947, *Sté des anciens Ets « Les Fils de Fernand Floquet »*, Rec. p. 41 ; T.C. 24 octobre 1947, *Barge*, Rec. p. 387 ; C.E. 31 mars 1950, *Martineau*, R.D.P., 1951, p. 325 ; — 7 décembre 1950, *Deltel*, Rec. p. 672.

⁶ Cass. crim. 10 février 1885, *Ben Aouda Bel Arbi*, S. 1890, p. 1496 (cité par GOUR, *op. cit.*, p. 118) ; C.E. 23 février 1921, *Dubois*, Rec. p. 231 ; T.C. 11 juillet 1927, *Riveil*, R.D.P. 1928, p. 318, note Jéze ; C.E. 6 mai 1936, *Simon*, Rec. p. 307 ; — 2 décembre 1953, *Ponzeverra*, Rec. p. 523 : dans cette espèce, le critère formel joue à l'encontre de la compétence judiciaire : le sous-préfet, lorsqu'il se fonde sur l'article 10 du code d'instruction criminelle, ne peut faire acte de police judiciaire, car cet article ne l'investit pas des pouvoirs de police judiciaire confiés exclusivement au préfet.

⁷ C.E. 22 janvier 1921, *Gilly*, S. 1921, III, p. 41, note HAURIOU ; — 14 mai 1950, *Schapière Hayem*, Rec. p. 494 : ordre de visite délivré par un contrôleur des contributions indirectes en vertu de la législation sur les tabacs ; v. en outre toute la jurisprudence relative à l'utilisation par le préfet de l'ancien article 10 du code d'instruction criminelle (avant l'arrêt *Frampar*, C.E. 24 juin 1960) ; en particulier C.E. 20 avril 1956, *Sté les Quatre Frères*, Rec. p. 160 ; A.J. D.A. 1956, II, p. 190, concl. Lasry : perquisition ordonnée par le préfet agissant au titre de ses pouvoirs de police judiciaire.

⁸ Il faut naturellement réserver le cas du détournement de procédure que, jusqu'à l'arrêt *Frampar* (C.E. 24 juin 1960, Rec. p. 412), le juge ne relevait pas en cette matière. Mais, pour avoir l'idée même d'un détournement de procédure à propos de telle opération, encore faut-il que la nature réelle de celle-ci ne soit pas définie par référence à un critère procédural ; ceci prouve bien qu'à l'époque les critères dominants étaient formels et étaient censés exprimer la nature même de l'acte de police considéré.

⁹ Il faut néanmoins faire ici quelques réserves : dans l'arrêt *Leconte* du 24 juin 1949 (Rec. p. 307 ; S. 1949, III, p. 61, concl. Barbet ; D. 1950, p. 5, chron. BERLIA et MORANGE ; R.D.P. 1949, p. 583, note WALINE ; J.C.P. 1949, II, 5092, concl. Barbet, note GEORGE) où il s'agissait d'un barrage routier de police dont l'objet était d'arrêter « une voiture automobile signalée comme occupée par des personnes suspectes », le Conseil d'Etat

Mais, dans certains cas, les circonstances de fait des espèces ne laissent apparaître aucun critère formel que le juge aurait pu utiliser pour statuer sur sa compétence : il recourait donc à des critères matériels que le critère finaliste a synthétisés et explicités.

2° L'explicitation des anciens critères matériels

88. — Les critères formels étaient en effet quelquefois défail-lants dans la mesure où, si une instruction du Parquet, un mandat du juge d'instruction, la transmission de pièces au procureur de la République impliquent bien l'existence d'une infraction, la réciproque n'est pas toujours vraie : toute action de la police relative à une infraction n'est pas nécessairement ordonnée par un mandat ou des instructions de l'autorité judiciaire (en particulier dans le cas de la procédure de flagrance, de l'enquête « officieuse » ou préliminaire). Or, lorsque dans ces hypothèses le juge ne disposait d'aucun indice formel, il recourait à d'autres éléments dont la signification serait restée assez énigmatique si M. Delvolvé n'avait montré qu'il s'agissait de critères matériels fondés sur le but ou l'objet de l'opération¹⁰.

Ainsi, le critère finaliste n'a pas été créé *ex nihilo* en 1951 : il a été dégagé de la jurisprudence dominante antérieure à cette date. Il n'empêche qu'il a néanmoins entraîné certaines modifications de la jurisprudence ancienne.

s'est néanmoins déclaré compétent. Mais, comme nous le verrons, il semble que les barrages routiers forment un bloc de compétence juridictionnelle administrative. V. aussi C.E. 14 juin 1951, *Jung*, Rec. p. 312 : compétence administrative alors que l'agent qui avait tiré le coup de feu était menacé, autrement dit alors qu'il était en fait l'objet d'une tentative de délit. Mais, d'un autre côté, le coup de feu litigieux n'avait sans doute pas pour but d'arrêter un délinquant pour le livrer à la justice, mais plutôt pour protéger l'agent ; à propos de l'arrêt Dille Morsch, v. *infra* n° 92.

- 10 Pour des exemples de compétence administrative en l'absence d'indices formels, V. C.E. 5 février 1904, *Ginieu*, Rec. p. 88 ; — 29 janvier 1937, *Munier*, S. 1937, III, p. 94 ; — 19 janvier 1945, *S.A.R.L. « Le Comptoir des précieux »*, Rec. p. 21 : appropriation frauduleuse d'un bijou par des inspecteurs de police qui procédaient à des vérifications d'identité dans un café ; T.C. 16 octobre 1946, *Gaiot*, Rec. p. 323 ; C.E. 9 janvier 1948, *Jung*, S. 1948, III, p. 64 (voir *supra*, note 9) ; — 23 février 1951, *Desgranges*, Rec. p. 113, concl. Barbet ; S. 1951, III, p. 66.

Pour des exemples d'incompétence administrative malgré l'absence de ces indices formels, V. C.E. 26 novembre 1920, *Spitz*, Rec. p. 1006 ; — 25 février 1921, *DuBois*, Rec. p. 231 ; — 11 juillet 1927, *Riveil*, R.D.P. 1928, p. 318, note JEZE ; S. 1928, p. 5 (un garde forestier remplit une mission de police judiciaire quand il vérifie si un chargement de bois n'a pas été volé) ; — 14 février 1945, *Bugnon*, Rec. p. 33 ; — 29 décembre 1949, *dame Wicquel*, Rec. p. 552 ; — 21 avril 1950, *Hounicheren*, S. 1951, III, p. 26, concl. Barbet ; R.D.P. 1950, p. 580, note WALINE.

B. L'ABANDON DE CERTAINES SOLUTIONS ANCIENNES DU FAIT DE L'APPLICATION DU CRITÈRE FINALISTE

La confirmation de ce critère et la répétition de son utilisation¹¹, en cristallisant chacune des deux polices, l'une sur la notion d'infraction

- 11 V. T.C. 1951, *Noualek*, S. 1952, III, p. 20, concl. Delvolvé, note DRAGO : perquisition qui, selon le Haut Tribunal, n'avait pas « pour objet la recherche d'un délit ou d'un crime déterminé (...) » : compétence administrative ; l'utilisation du critère finaliste est certaine mais, contrairement à ce que l'on dit quelquefois, elle n'est pas exclusive dans cette décision puisque celle-ci relève l'existence de certains éléments formels confirmatifs : mise en œuvre, en l'espèce, de textes spéciaux des 23 avril et 7 juillet 1941 en vertu desquels, pour les opérations de police, comme celle-ci « exécutée dans une période anormale (...), tous les services de police étaient placés sous l'autorité des préfets [autorité de police normalement administrative] » ; le Tribunal des conflits note par ailleurs que l'opération litigieuse était « effectuée sur instruction de l'intendant de police, en dehors de tout ordre ou intervention de l'autorité judiciaire », ce qui constitue un autre élément formel. (M. GOUR estime que l'arrêt ne met en œuvre que des critères formels et en particulier organiques : voir *op. cit.*, p. 117) ; T.C. 9 juillet 1953, *Nardon*, Rec. p. 591 ; J.C.P. 1953, II, 7797, note RIVERO : sévices subis au cours de recherches destinées à retrouver des objets volés : compétence judiciaire ; C.E. 24 juillet 1953, *Boussereau*, Rec. p. 392 : fuite d'un individu venant d'être arrêté pour attentat aux mœurs : incompétence administrative ; — 1^{er} octobre 1954, *Bernard*, Rec. p. 505, concl. Laurent : agent surveillant un bal et qui, en état d'ivresse, tire un coup de feu : compétence administrative ; — 12 février 1954, *Marolles*, Rec. p. 101 ; R.P.D.A. 1954, n° 120 : arrestation d'individus pris en flagrant délit de vol : incompétence administrative ; — 3 décembre 1954, *Cochois*, Rec. p. 639 ; R.P.D.A. 1955, p. 53 : fuite d'un présumé délinquant tué au cours de l'opération tendant à l'arrêter : incompétence administrative ; — 11 juin 1958, *Rodet*, Rec. p. 342 : arrestation sur ordre d'informer délivré par le ministre des armées : incompétence administrative mais ici toute considération formelle n'est pas exclue ; — 25 juin 1958, *Pollès*, Rec. T. p. 863 ; A.J.D.A. 1958, II, p. 402 : personne tuée par les gendarmes alors qu'elle cherchait à s'enfuir après avoir commis l'infraction de violences à agent de la force publique : compétence judiciaire ; — 8 mars 1963, *Masetti*, R.D.P. 1963, p. 288, concl. Heumann ; J.C.P. 1963, II, 13268, note J. MOREAU : accident causé par la poursuite en voiture de délinquants : compétence judiciaire, mais il faut tenir compte des incidences de la loi du 31 décembre 1957 ; — 16 octobre 1964, *de Lorient*, Rec. p. 475 : arrestation d'un individu qui était recherché par la police car suspecté d'avoir commis certaines infractions : incompétence administrative ; — 30 juin 1967, *veuve Huguet*, Rec. p. 291 ; R.D.P. 1968, p. 195 : refus d'un agent de relever l'identité d'un témoin d'une chute de la requérante : compétence administrative ; V. aussi, en matière de police de la circulation, C.E. 10 juillet 1963, *dame Montagne*, Rec. p. 426 ; — 12 juin 1968, *Lenormand*, Rec. p. 893 ; — 12 mai 1969, *Cie L'Union*, Rec. p. 773 ; C.E. 10 mai 1968, *Haffiane Messaoud*, Rec. p. 306 : arrestation à la suite d'une dénonciation d'infraction : incompétence administrative ; — 4 octobre 1968, *consorts Rault*, Rec. p. 475 : personne gardée à vue au commissariat et non examinée par un médecin : compétence judiciaire ; T.C. 15 janvier 1968, *Préfet de la Haute-Garonne c/ C.A. Toulouse (affaire Tayeb)*, D.S. 1968, p. 417, concl. Schmelk (analysé *infra* n° 89) ; C.E. 7 janvier 1970, *sieur Loyou et dame Mothet*, D.S. 1970, III, p. 211, concl. Guillaume : opération tendant à éviter des attroupements sur les quais de la Seine à Paris : compétence administrative ; Cass. crim. 5 janvier 1973, D.S. 1973, p. 19 et p. 541, note ROUJOU de BOUBÉE ; A.J.D.A. 1973, p. 600, note B. TOULEMONDE (analysé *infra* n° 91) ; C.E. 19 novembre 1975, *Durand*, Rec. T. p. 1172 ; Dr. Adm. 1975, n° 412 : refus de la brigade de gendarmerie de se déplacer pour

tion, l'autre, de façon un peu plus vague, sur celle d'ordre public¹², ont emporté trois conséquences : l'inutilité de la confirmation du caractère judiciaire d'une opération par quelque élément formel (1°), la prévalence des circonstances matérielles de l'opération sur ses caractéristiques formelles (2°) et une extension de la notion de police (administrative) au détriment des activités non policières de l'Etat (3°).

1° *L'inutilité de la confirmation du caractère judiciaire par quelque élément formel*

89. — 1. Les critères formels, on l'a dit, intervenaient autrefois à titre principal et les critères matériels à titre subsidiaire ou supplétif. Ainsi, dans certaines espèces, lorsque le juge ne disposait pas d'élément formel, il se contentait d'un élément matériel pour trancher dans un sens ou dans l'autre. Mais, quelquefois, alors que le caractère de l'opération de police (administratif ou judiciaire) ressortait déjà de son seul objet ou de son seul but, le juge cherchait un élément formel à titre de confirmation ou surtout d'infirmité¹³; et, à défaut de trouver quelque élément de cette sorte, il tranchait le problème de la compétence dans un sens inverse de celui qui aurait résulté de la seule analyse matérielle ou finaliste des circonstances : le juge administratif se déclarait donc compétent, à défaut d'indices formels appelant la compétence judiciaire, alors qu'à raison de son but ou de son objet l'opération aurait dû être

constater les agressions dont le requérant aurait été victime : incompétence administrative (comp. C.E. 30 juin 1967, *veuve Huguet*, précité); C.E. Sect. 10 mars 1978, *Société « Le Profil »*, Rec. p. 119, concl. Labetoulle : renvoi au Tribunal des conflits; T.C. 12 juin 1978, même requérant, Rec. 649, concl. Morisot, D. 1978, p. 626, note MOULIN; relève de la police administrative la mission de protection d'un transport de fonds qui avait fait l'objet d'une attaque à main armée; décision sur le fond: C.E. Sect. 27 avril 1979, D. 1980, p. 60, note J.F. COUZINET; C.E. 13 octobre 1982, BERRANDOU, Rec. p. 340: rétablissement de l'ordre dans un bal où des jeunes s'étaient introduits de force: compétence administrative; C.E. 26 février 1982, VAN DE GHINSTE, Rec. T. p. 694, Dr. Adm. 1982 n° 152: l'arraisonnement d'un chalutier, qui pêchait irrégulièrement dans les eaux territoriales des terres australes et antarctiques françaises, constitue une opération de police judiciaire dès lors qu'il s'agissait d'assurer l'application de dispositions répressives; mais un arrondissement peut aussi constituer une mesure de police administrative (même espèce); C.E. 14 mai 1982, *Berthe Oddos*, Dr. Adm. 1982, n° 229: la mise en fourrière des véhicules en infraction est une opération de police judiciaire; la compétence administrative se limite à la connaissance des dommages causés par l'autorité administrative à qui le véhicule a été remis en exécution de la décision de l'officier de police judiciaire.

12 Voir cette réflexion de M. le Doyen VEDÉL : « La police administrative, au contraire, ne se réfère pas à la notion d'infraction mais à celle d'ordre public » (*op. cit.*, p. 780).

13 Ainsi, pour décliner sa compétence, le juge administratif se prévalait de la présence d'un indice formel propre à la police judiciaire, alors que son incompétence découlait déjà de l'objet de l'opération (v. *supra*, notes 3 à 7); pour la retenir, il voulait s'assurer de la présence de quelque élément formel confirmatif (voir C.E. 27 octobre 1944, *Trombert*, Rec. p. 275: pour

judiciaire¹⁴: par exemple, dans un arrêt du 29 mars 1946, *Caisse de Meurthe-et-Moselle*¹⁵, le Conseil d'Etat, parce que l'inspecteur de police n'avait été saisi que bien plus tard d'une commission rogatoire, s'est déclaré compétent bien que l'opération litigieuse fût motivée par des faits constitutifs d'infractions; dans l'arrêt *Leconte* du 24 juin 1949¹⁶, le Conseil d'Etat a admis sa compétence à propos d'un barrage routier bien que cette opération fût destinée à arrêter des personnes « suspectes » (sans doute parce qu'elles étaient soupçonnées d'avoir commis quelque infraction), ce qui, compte tenu des critères de l'objet ou du but, aurait dû entraîner l'incompétence administrative; le Conseil d'Etat ne l'a pas voulu parce qu'aucun élément formel n'infirmit sa compétence (les personnes étaient suspectes « sans autre précision », comme l'a dit M. Delvolvé).

2. Or, de nos jours, depuis la « généralisation du critère finaliste »¹⁷, toute infirmité ou toute confirmation formelle est inutile: dès que l'action des services de police se trouve liée à une infraction pénale « réelle ou supposée »¹⁸, la compétence est judiciaire; il n'est plus besoin d'une quelconque « précision » ou d'une caractérisation formelle. L'affaire *Tayeb* (T.C. 15 janvier 1968)¹⁹ l'atteste parfaitement: un simple automobiliste ayant observé un piéton se tenant en attente le long d'un trottoir estime ce comportement insolite; il soupçonne cette personne de vouloir voler une voiture en stationnement et la signale à l'attention d'un policier qui se trouvait en faction dans les parages; celui-ci se dirige vers elle, l'interpelle mais, à ce moment-là, cette personne suspectée s'enfuit et, malgré les sommations, continue de s'enfuir: le policier tire et la blesse

connaître de la demande de restitution d'une somme d'argent inutilement ou irrégulièrement saisie chez un particulier lors d'une arrestation, le Conseil d'Etat s'appuie sur le fait que cette somme avait été déposée à la préfecture et non au greffe, alors que le juge administratif était déjà compétent à raison du fait que cette saisie était elle-même détachable de la procédure judiciaire; dans ce sens, V. J. MOREAU, article précité, n° 6, p. 71; *contra* C.G. GOUR, *op. cit.*, p. 117) ou de l'absence de quelque élément formel infirmatif (voir C.E. 29 mars 1946, *Caisse de Meurthe-et-Moselle*, R.D.P. 1946, p. 490, concl. Lefas, note JEZE; S. 1947, III, p. 73, note MATHIOT; mais, en l'espèce, comme on va le voir au texte, l'absence de critère formel a joué un rôle exclusif puisque l'opération était motivée par des faits constitutifs d'infraction pénale, ce qui aurait dû conduire, selon le critère matériel, à l'incompétence du juge administratif).

14 Il ne semble pas cependant que, parce qu'il n'y aurait pas eu de critère formel allant dans le sens de la compétence administrative, le juge administratif se fût déclaré incompétent à propos d'opérations dont l'objet ou le but était administratif. Ces critères matériels suffisaient souvent en ce cas parce que bien peu d'éléments formels peuvent caractériser la police administrative. De la même façon, quand aucun élément formel ne confirmait son incompétence, il lui arrivait de reconnaître celle-ci au seul vu des éléments matériels de l'affaire (voir l'arrêt *Rivail*, C.E. 11 juillet 1927, cité *supra*, note 10).

15 V. les références à la note 13 *supra*.

16 V. références *supra*, note 9. Toutefois, les barrages routiers paraissent constituer un bloc de compétence administrative (v. *infra* n° 92).

17 J. MOREAU, article précité.

18 G. VEDÉL, *op. cit.*, p. 112.

19 V. références *supra*, note 11 *in fine*.

mortellement. Le Tribunal des conflits a décidé qu'« en poursuivant un suspect dont la fuite lui a fait croire qu'il s'agissait d'un délinquant et en faisant feu sur lui, [l'agent] a fait un acte qui relève de la police judiciaire ». Aucun élément formel ne permettait donc en l'espèce de confirmer ou d'infirmer la compétence judiciaire ; en tous cas, le juge n'en recherche aucun dont il pourrait se prévaloir : seul a été déterminant le soupçon — corroboré par la fuite — dont le sieur Tayeb a été l'objet²⁰.

La « généralisation du critère finaliste » a comporté un autre effet.

2° La prévalence des circonstances matérielles de l'opération sur ses apparences formelles

90. — 1. Avant 1951, si des critères formels allant dans le sens de la compétence judiciaire pouvaient infirmer des critères matériels emportant la compétence administrative, ces derniers, à notre connaissance, ne prévalaient jamais sur les premiers : lorsqu'un préfet prétendait utiliser les pouvoirs de police judiciaire que lui conférait, en matière de sûreté de l'Etat, l'article 10 du Code d'instruction criminelle (de nos jours, l'article 30 du Code de procédure pénale) et prenait dans les formes prescrites par ce texte une mesure visant en fait un but de maintien de l'ordre, cette mesure était toujours considérée comme relevant de la police judiciaire²¹. Cette situation semble même avoir perduré quelque temps après 1951²².

²⁰ Il faut noter qu'avant sa fuite aucun indice de tentative effective d'infraction n'avait été constaté soit par le policier, soit par l'automobiliste. On peut donc dire que, jusqu'à sa fuite, la victime de l'opération n'était que « l'auteur présumé » d'une « infraction supposée » ; ce n'est qu'après la fuite que l'attitude de la victime est devenue effectivement délictueuse (refus du contrôle d'identité) et l'action du policier incontestablement judiciaire. Pour le commissaire du gouvernement Schmeltz, l'opération était judiciaire dès l'interpellation aux fins de vérification d'identité car, dès ce moment-là, le policier « croyait avoir affaire à un délinquant ». Cette prise de position, qui s'attache plus à l'intention de l'agent — invérifiable — qu'aux circonstances de l'affaire — plus objectives — laisse une part trop grande au subjectivisme de l'agent et a préparé un terrain favorable à l'arrêt *Friedel* (Cass. crim. 5 janvier 1973) qui, sur ce point, nous apparaît critiquable (V. *infra*). C'est pourquoi la formule utilisée par le Tribunal des conflits nous semble meilleure que celle de son commissaire du gouvernement. Le Tribunal administratif d'Amiens (10 juillet 1979, *Volbrecht c/ Ministère de la défense*, Rec. p. 524) a adopté une position contraire à celle du Tribunal des conflits dans une affaire analogue à celle de l'arrêt *Tayeb*. Mais, en appel, le Conseil d'Etat a infirmé cette décision dans le sens de la jurisprudence *Tayeb* (C.E. 19 mai 1982, *Volbrecht*, Rec. T. p. 694).

²¹ V. LAUTECAZE, *Les pouvoirs de police judiciaire du préfet*, Thèse Bordeaux, 1938 ; PONTAL, *Les pouvoirs de police judiciaire du préfet*, Thèse Montpellier, 1941 ; TURLUR, *La saisie de journaux et périodiques*, Thèse Paris, 1963 ; MACHELON, *Les restrictions aux libertés publiques sous la III^e République, 1879-1914*, Thèse Paris II, 1973, p. 179 et s., 223 et s., 266 et s. (ouvrage publié sous le titre *La République contre les libertés ?*, Presses de la F.N.S.P., 1976) ; V. notamment Cass. ch. réunies 21 novembre 1853, S. 1853,

Or, après une dizaine d'années de pratique du critère finaliste, celui-ci a été suffisamment bien établi pour renverser totalement sur ce point la jurisprudence antérieure : le but de la mesure n'était plus seulement une sorte de signe se limitant aux apparences : il est devenu l'expression même, irrécusable, de la nature de l'acte considéré. A partir de cette époque, il a donc paru inadmissible que les autorités de police prétendent s'appuyer sur des pouvoirs ou des textes de police judiciaire pour accomplir des actes qui étaient désormais appréhendés comme administratifs par nature : c'est pourquoi on a dit que « la vérité » des critères matériels devait prévaloir sur les « apparences » des critères formels (Heumann). Le juge administratif a opéré cette novation par la célèbre jurisprudence *Frampar* (C.E. 24 juin 1960)²³. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a requalifié (et non pas « disqualifié » comme on le dit quelquefois, car c'est au contraire le préfet qui avait inexactement dénommé son acte) une mesure prise par cette autorité sur la base formelle de ses pouvoirs de police judiciaire, mais destinée en réalité à protéger l'ordre public ; le juge s'est appuyé, pour cela, sur un certain nombre de circonstances de fait bien connues²⁴, au vu desquelles il a conclu au détournement de procédure qui a motivé l'annulation²⁵ et²⁶.

I, p. 774 ; Cass. req. 8 février 1876 et Cass. civ. 3 août 1874, D. 1876, I, p. 289, concl. Reverchon, rapp. Almeras-Latour et Blanche ; T.C. 25 mars 1889, *Darfeuille, Michau, Lafrenay* (3 arrêts), Rec. p. 412 ; S. 1891, III, p. 32, concl. Vallabrégue et Margerie ; Rev. crit. lég. et jurispr. 1891, p. 135, note BREMOND ; C.E. 25 juin 1945, *Lauzel*, Rec. p. 130.

²² C.E. 18 juin 1954, *Bertrand*, Rec. p. 368 ; — 2 décembre 1955, *Dehove*, Rec. p. 568 ; — 20 avril 1956, *Sté « Les Quatre Frères »*, Rec. p. 160 ; A.J.D.A. 1956, II, p. 190, concl. Lasry ; R.P.D.A. 1956, n° 176 ; — 24 novembre 1956, *Boyer*, A.J.D.A. 1957, II, p. 150 ; V. cependant T.C. 3 novembre 1958, *Blanco*, Rec. p. 796 et sur la même affaire C.E. 14 novembre 1957, Rec. p. 606, concl. Grévisse.

²³ Rec. p. 412, concl. Heumann ; R.D.P. 1960, p. 815, concl. Heumann ; S. 1960, p. 348, note DEBBASCH ; D. 1960, p. 744, note ROBERT ; J.C.P. 1960, II, 11743, note GOUR ; A.J.D.A. 1960, p. 154, chron. COMBARNOUS et GALABERT ; C.A., p.

²⁴ Le préfet avait fait saisir la totalité des journaux, alors que seuls quelques-uns suffisaient à établir l'infraction ; aucun crime contre la sûreté de l'Etat n'était d'ailleurs sérieusement invoqué ; la saisie était localisée dans un seul département, alors que le délit, s'il avait été commis, se trouvait réalisé quel que fût le département où le journal était distribué ; enfin, le ministre, qui n'avait aucun pouvoir de police judiciaire en la matière, s'était immiscé dans la procédure dont la diligence n'appartenait, en vertu des textes, qu'au seul préfet.

²⁵ Sur le détournement de procédure, V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 1220 ; en réalité, le Conseil d'Etat aurait sans doute dû ou pu constater l'existence d'une voie de fait (le commissaire du gouvernement avait bien proposé une substitution de base légale, mais le Conseil ne l'a pas suivi). (Sur la voie de fait en matière de saisie de presse, V. la note de M. MOREAU sous C.E. 1^{er} décembre 1965, *Rodes*, A.J.D.A. 1966, p. 377 et la note de M. DRAGO sous C.E. 4 novembre 1966, *Témoignage chrétien*, J.C.P. 1967, II, 14914) ; mais, s'il avait prononcé la voie de fait en cette espèce, c'est le juge judiciaire qui aurait eu à connaître de ce contentieux au moins sur le plan de la responsabilité ; le Conseil d'Etat ne l'a sans doute pas voulu pour être certain que ce genre de pratiques administratives soit juridictionnellement

2. Mais, à propos de l'affaire *Friedel* (Cass. crim. 5 janvier 1973)²⁷, il ne semble pas que le juge judiciaire ait fait prévaloir la nature réelle de la mesure sur l'intention déclarée de son auteur. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé qu'une mesure de garde à vue, pratiquée à la suite d'un contrôle d'identité effectué lors d'une manifestation de rue, constituait un acte de police judiciaire dans la mesure où elle avait été motivée par le fait que la photographie figurant sur la carte d'identité présentée par le sieur Friedel ne correspondait pas, selon l'agent, à la physionomie de l'intéressé. A première vue, cette qualification peut sembler bien fondée puisque ce dernier pouvait être soupçonné d'avoir présenté de faux papiers, ce qui, selon l'arrêt, justifiait en outre la garde à vue, laquelle permettait de procéder à une vérification d'identité plus approfondie. Il est possible que, dans cette affaire, la différence entre la photographie et la physionomie du requérant fût effectivement assez importante pour laisser supposer l'infraction et, par

sanctionné. En effet, le juge judiciaire stigmatise bien, lui aussi, ces saisies de presse; mais il le fait dans des conditions très différentes, aussi bien sur le plan de la légalité que sur celui de la responsabilité (V. T.G.I. Seine 17 février 1960 et C.A. Paris 22 février 1962, D. 1964, p. 231, note MAESTRE; T.G.I. Seine 8 mai 1963, D. 1964, p. 231, note MAESTRE; J.C.P. 1963, II, 13394, note DEBBASCH; C.A. Paris 3 juin 1964, J.C.P. 1964, II, 13833, note DEBBASCH; Cass. civ. 22 juin 1965, J.C.P. 1966, II, 14545, note DEBBASCH; V. également JONOUÈRES, *Les saisies administratives et judiciaires et la liberté de la presse*, Gaz. Pal. 1967, I, p. 35).

26 Cette méthode de mise en œuvre du critère finaliste n'est pas limitée au seul cas des saisies de presse effectuées sur la base de l'article 30 du Code de procédure pénale; V. notamment C.E. 25 octobre 1968, *Bille*, Rec. p. 875; R.D.P. 1969, p. 176; T.C. 7 juillet 1975, *Soustre*, Rec. T. p. 1172 (sur ces arrêts, V. *supra* note 2); V. aussi C.E. 23 novembre 1963, *époux Marchon*, Rec. p. 581; A.J.D.A. 1964, p. 27, chron. FOURRÉ et PUYBASSET: le Conseil d'Etat a accepté de connaître du litige relatif à la mort d'un soldat tué par les gendarmes qui étaient venus l'appréhender à la demande de son chef de corps, alors qu'il se trouvait en état d'absence illégale: malgré l'infraction (voir art. 378 du Code de justice militaire ou, à l'époque des faits, l'article 194), la compétence administrative résultait du but même de l'opération, lequel ressortait de l'ensemble des circonstances de l'affaire: « le chef de corps n'avait pas demandé que l'on recherchât un déserteur » (chron. précitée), mais simplement que l'on aille chercher un soldat pour lui faire réintégrer son corps. (Mais ici il faut relever que le Conseil d'Etat, qui aurait pu chercher à confirmer sa compétence qui apparaissait douteuse, n'a pas relevé les indices formels de nature à l'y aider: le général commandant la circonscription territoriale, compétent pour prendre l'initiative d'une information judiciaire, n'avait pas été saisi; les deux gendarmes n'avaient pas non plus qualité d'officier de police judiciaire militaire; il convient d'ajouter qu'en l'espèce, s'il s'agissait bien d'une opération administrative, il ne s'agissait sans doute pas d'une opération de police administrative proprement dite, mais d'une opération de police intérieure au service public de l'armée dont est chargée la gendarmerie; voir J.-Cl. A., Fasc. 201-3; V. aussi C.E. 13 octobre 1982, BERRANDOU, *Le Quotidien juridique*, 12 mars 1983, n° 31, note C.B.).

27 D.S. 1973, p. 19 et p. 54, note ROUJOU de BOUBÉE; A.J.D.A. 1973, p. 600, note B. TOULEMONDE, Cpr.: T.C. 28 avril 1980, WARROQUIER, Rec. T. p. 816: la vérification de l'identité des occupants d'une voiture ne constitue pas une opération de police judiciaire compte tenu des conditions dans lesquelles elle a eu lieu.

suite, pour justifier aussi bien la qualification de la garde à vue que l'appréciation de sa légalité. Mais la Cour de cassation, sauf à laisser une part trop belle aux seules déclarations de la police, aurait dû également prendre en considération les circonstances objectives de l'affaire qui permettaient de se prononcer de façon beaucoup plus certaine sur la nature réelle de la mesure: en général, une manifestation est appréhendée par les forces de police essentiellement comme un trouble à l'ordre public, surtout lorsqu'elle est interdite comme elle l'était en l'espèce²⁸; ce qui importe avant tout, aux yeux de la police, est de disperser la manifestation; dans le seul souci de rétablir l'ordre, la police cherche donc à vider la rue; en l'espèce, six cents soixante dix personnes avaient fait l'objet d'une garde à vue²⁹ et ces mesures ne semblaient pas motivées par l'intention réelle de les déférer à la justice: le nombre des informations judiciaires ouvertes a probablement été inférieur à cinq puisque, si l'on peut extrapoler, lors d'une manifestation le 15 novembre 1969, sur trois mille interpellations effectuées, cinq d'entre elles seulement aboutirent à une instance pénale³⁰. Il y a donc toutes les raisons de penser, comme l'avait d'ailleurs jugé la Cour d'appel³¹,

28 Le fait qu'elle soit interdite peut certes conférer un caractère délictueux à la participation à cette manifestation (V. art. 471-15° du Code pénal et 314 de ce code, ab. par L. 31 déc. 1981); mais les opérations de dispersion d'une manifestation même interdite relèvent de la police administrative (voir C.E. 5 octobre 1960, *époux Rigollet*, Rec. p. 515: la circonstance qu'elle était interdite permet simplement, le cas échéant, d'atténuer la responsabilité de la police).

29 Selon M. TOULEMONDE (note précitée) aux yeux de qui l'opération constituait un « détournement de procédure ».

30 Voir J. ROBERT, *Libertés publiques*, p. 197, cité par B. TOULEMONDE (note précitée).

31 L'arrêt de la Cour d'appel n'est cependant guère plus satisfaisant, car il légitimait les gardes à vue administratives en se fondant sur les « usages » de la police, usages qui, pour être illégaux (voir l'arrêt de la Cour de cassation qui, sur ce point, a bien jugé) n'en sont pas moins réels. Il faut à cet égard relever les paradoxes de l'arrêt *Friedel* et les dangers qu'il implique pour les libertés publiques: la détention que suppose une garde à vue peut être, selon les cas, soit judiciaire, soit administrative; dans le premier cas, elle sera pratiquement toujours légale pour peu que les prescriptions posées par le code de procédure pénale soient respectées (art. 63 et s., et 77 et s.); dans le second cas, en revanche, elle devrait en principe être toujours illégale (seul est légal, au titre de la police administrative, le contrôle d'identité mais sans détention, fut-elle provisoire). Tout dépend donc de la nature administrative ou judiciaire de la détention; mais si, sur ce point, une divergence d'interprétation s'élevait entre l'agent et la victime (pour autant qu'une discussion de cet ordre soit imaginable!), cette dernière ne saurait s'opposer par la force à l'exécution de la mesure au motif qu'elle lui apparaîtrait administrative, donc illégale: sa rébellion contre un agent de la force publique (il suffirait même que cette infraction soit seulement supposée par ce dernier!) aurait pour effet de conférer un caractère judiciaire à l'opération: l'alternative pour le manifestant (et même pour toute personne puisque Friedel ne participait pas à la manifestation) est donc la suivante: subir sans protester, ce qui peut être une illégalité ou légaliser celle-ci en résistant. Le régime actuel des contrôles d'identité est fixé par la loi du 10 juin 1983 qui modifie celle du 2 février 1981. V. Jean MORANGE, *Les contrôles d'identité*, A.J.D.A. 1983, p. 640.

que l'objet réel de la mesure était administratif ; celle-ci pouvait s'analyser, à notre avis, comme un procédé de la « police d'ordre » (dont le but est notamment de rétablir ou de maintenir l'ordre dans la rue), voire de la « police d'information » (car ce genre de garde à vue n'a pas seulement pour objet de vérifier l'identité mais aussi et surtout — du moins à l'époque — de la relever afin d'alimenter certains fichiers) ; on pouvait aussi l'appréhender comme un genre de sanction de police administrative infligeant une sorte de retenue de quelques heures à titre punitif ou dissuasif. Pour toutes ces raisons, il nous semble que la Cour de cassation n'a fait dans cet arrêt qu'une application nominale du critère finaliste.

En dehors de cette déviation, la « généralisation du critère finaliste » a entraîné une troisième conséquence.

3° *L'extension de la notion de police au détriment de certaines activités étatiques non policières*

91. — Alors que l'octroi du concours de la force publique pour l'exécution des jugements n'était paradoxalement pas considéré comme une activité policière mais comme un prolongement de la fonction juridictionnelle, la « généralisation du critère finaliste » a fini par opérer sur ce point une extension de la notion de police au détriment de celle de fonction juridictionnelle ou de mission judiciaire. Ceci ressort du revirement jurisprudentiel réalisé par l'arrêt C. E. 3 juillet 1959, *Sablayrolles* 32.

1. Avant ce revirement, la doctrine et le droit positif ne faisaient pas en effet de différence, quant à la compétence juridictionnelle, entre l'émission de l'acte juridictionnel judiciaire et son exécution par la force publique : ces deux types d'actes appartenaient à la même notion juridique. En prêtant le concours de la force publique, l'administration ne faisait « qu'obéir à une injonction de l'autorité judiciaire légalement qualifiée (huissier, procureur de la République) tendant à contraindre, à la requête de la partie gagnante, la partie succombante au procès à s'exécuter » ; « son action ne [pouvait] de toute évidence donner lieu à une instance juridictionnelle administrative : elle ne se détach[ait] pas de la décision judiciaire et de l'initiative prise par l'huissier ou le procureur de requérir l'exécution forcée (...) » 33.

Au contraire, dans cette optique, le refus du concours ne pouvait être interprété que comme un incident dans le fonctionnement normal de la justice : il manifestait une intervention extérieure à celle-ci. Par conséquent, ce refus ou cette abstention, dans la mesure

32 Rec. p. 425, concl. Jouvin (à propos du refus du préfet d'annuler une décision par laquelle le commissaire de police accordait le concours : compétence administrative).

33 C.G. GOUR, *op. cit.*, p. 222 ; voir C.E. 20 février 1952, *Camprasse*, Rec. p. 121.

où il était dû à l'administration, donnait lieu à la compétence administrative 34, sauf justement lorsque l'inertie, le retard ou les modalités dommageables de l'intervention étaient imputables aux instructions d'une autorité judiciaire 35.

Certes, le critère — qui était organique et fonctionnel à la fois (puisque l'on cherchait à savoir si la mesure litigieuse était imputable à un organe participant à la fonction juridictionnelle) — est devenu « incontestablement de nature finaliste » 36 depuis l'arrêt *Sablayrolles*. Mais le changement tient surtout à ce que l'octroi même du concours de la force publique est désormais considéré comme une mesure de police, alors qu'il était appréhendé jusque-là comme une manifestation de la fonction juridictionnelle : ordonner la mise en œuvre de la force publique pour prêter main forte à l'exécution d'un jugement s'analyse maintenant comme une opération ayant pour but de rétablir l'ordre public troublé par la non-exécution d'une décision juridictionnelle exécutoire par elle-même. Dans la mesure où le refus d'accorder le concours de la force publique est lui aussi souvent motivé par des considérations d'ordre public (d'une autre nature), la compétence reste bien entendu administrative en ce cas. Dans ces conditions, tous les refus ou tous les octrois de concours de la force publique pour l'exécution de jugements civils donnent lieu à compé-

34 V. X..., *Le refus du concours de la force publique*, Rev. Fin. Com. 1975, p. 248 et C.E. 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. p. 789 ; S. 1923, III, p. 57, concl. Rivet, note HAURIOU ; D. 1923, III, p. 50, concl. Rivet ; R.D.P. 1924, p. 75 et p. 208, concl. Rivet, note JEZE ; G.A. p. 178 ; C.E. 11 décembre 1942, *Champsavoir*, Rec. p. 344 (délais de grâce accordés par l'autorité administrative) ; C.E. 22 janvier 1943, *Braut*, D. 1944, p. 87, note G.B. ; S. 1944, III, p. 41, note MATHIOT ; V. aussi C.E. 29 décembre 1944, *Union de la propriété bâtie de France*, S. 1947, III, p. 5 : immixtion du préfet dans le fonctionnement de la justice dans la mesure où il avait décidé que les huissiers devaient obtenir un visa préfectoral avant de procéder aux expulsions judiciaires ; C.E. 20 octobre 1951, *dame Fox*, Rec. p. 514 ; — 26 novembre 1952, *Klein*, Rec. p. 532 ; J.C.P. 1953, II, 7346, note G.N.

35 V. C.E. 6 mai 1932, *Delle Taillandier*, S. 1932, III, p. 68, note P.L. : fautes dans l'exécution du jugement ; C.E. 25 janvier 1935, *Colas*, Rec. p. 110 : retard mis par le Parquet à prescrire l'exécution d'un jugement ; C.E. 11 mai 1934, *Soyer*, Rec. p. 552 ; — 22 novembre 1939, *Grenier*, Rec. p. 569 : retard du Parquet à faire exécuter une ordonnance de référé. La compétence redevenait administrative quand la faute était considérée comme détachable de la procédure judiciaire : C.E. 2 janvier 1959, *Delle Lachenaud*, Rec. p. 498 ; R.P.D.A. 1959, n° 34 ; V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 437. V. aussi MONTANÉ de la ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris 1950, p. 207 et s.

36 J. MOREAU, article précité, p. 81, n° 39. L'évolution avait été annoncée dans une certaine mesure par quelques arrêts : C.E. 21 avril 1948, *Husson et dame Chiffre*, Rec. p. 173 ; — 28 octobre 1949, *Taibouriech*, Rec. p. 173. Pour certaines applications de la jurisprudence *Sablayrolles*, V. T.C. 28 février 1966, *Trésor Public c/ Schourmann*, Rec. p. 836, cité par J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 437 ; C.E. 16 décembre 1966, *Min. intérieur c/ Caillat*, Rec. p. 666 ; — 3 novembre 1967, *Min. intérieur c/ dame Fiat*, Rec. p. 409 ; A.J.D.A. 1968, p. 257, concl. Galmot ; J.C.P. 1968, II, 1561, note DURAND-PRINBOURNE ; — 22 novembre 1968, *ville de Toulouse*, Rec. p. 587 ; — 3 mars 1971, *Branger*, Rec. p. 903 ; — 17 mars 1971, *Durand*, Rec. p. 219 ; A.J.D.A. 1971, p. 303, chron. p. 278.

tence administrative, même lorsqu'ils émanent d'un procureur de la République³⁷. En effet, la fixation de la notion de police judiciaire sur celle d'infraction pénale empêche désormais d'y rattacher l'exécution d'une sentence civile car, en ce cas, l'élément « infraction » fait évidemment défaut. Le contentieux relatif à l'exécution par les forces de police de décisions juridictionnelles pénales ressortit au contraire à la compétence judiciaire. Il n'en va autrement que lorsque cette exécution peut être imputée au fonctionnement du service public pénitentiaire³⁸.

37 Voir C.E. 23 février 1962, *dame veuve Picard*, rec. p. 120 ; Dr. Adm. 1962, n° 83 ; V. aussi J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 437 et J. MOREAU, article précité. M. OSENT ne prête cependant pas à l'arrêt *Picard* la portée que lui reconnaît ce dernier auteur, puisqu'il estime que la compétence serait judiciaire si la décision émanait d'une autorité judiciaire (*Cours de contentieux administratif 1970-1971*, 3^e tirage, p. 497).

La compétence redevient judiciaire lorsque la décision du procureur ne relève plus de la matière des concours de la force publique mais du fonctionnement des services judiciaires ou de la fonction judiciaire : V. C.E. 22 mars 1966, *Boitard*, Rec. p. 222 : incompétence du juge administratif pour connaître d'un acte d'opposition à transfert de débit de boissons émanant de cette autorité ; dans sa note sous cet arrêt (A.J.D.A. 1966, p. 677), M. MOREAU soutient néanmoins que la nature administrative ou judiciaire de cet acte doit s'analyser par application du critère valable en matière de police (et non par ceux qui tendent à distinguer le fonctionnement des services judiciaires de leur organisation) : la décision du procureur relèverait de la « police » judiciaire dans la mesure où son objet est de faire valoir les condamnations ou les infractions pénales relevées éventuellement à l'encontre du débitant de boissons. V. aussi, pour une espèce quelque peu différente, C.E. 30 juin 1976, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ LeFranc et dame Richard*, Rec. p. 342 : incompétence du juge administratif pour connaître d'une décision du procureur de la République ayant ordonné la fermeture d'un débit de boissons au motif qu'il était exploité dans une zone protégée ; le Conseil d'Etat a estimé que cette décision, alors même qu'elle excéderait les pouvoirs conférés par le code des débits de boissons au procureur, a été prise par celui-ci dans le cadre d'attributions judiciaires. Ici le critère appliqué semble tout à la fois organique et finaliste (à raison de l'infraction).

38 V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 438. V. en particulier l'arrêt T.C. 22 février 1960, *dame Fargeaud d'Epied*, Rec. p. 855 ; V. aussi C.E. 5 février 1971, *Ministre de la justice c/ veuve Picard*, D. 1971, p. 503, note MODERNE ; A.J.D.A., p. 160, chron. LABETOUILLE et CABANES ; J.C.P. 1973, II, 17517, note FRANCES-MAGRE : la compétence administrative s'étend même aux décisions du juge de l'application des peines déterminant les modalités du régime pénitentiaire du détenu ; cependant, depuis la nouvelle rédaction de l'article 733-1 du Code de procédure pénale (L. 22 novembre 1978), cette solution paraît dépassée dans la mesure où ce juge prend des « mesures d'administration judiciaire ». V. également C.E. Ass. 12 février 1971, *Rebatel*, Rec. p. 123 : compétence administrative pour connaître des dommages causés par les forces de police requises par l'administration pénitentiaire pour maintenir l'ordre dans une prison lors de l'exécution d'une sentence judiciaire. V. enfin C.E. Sect. 17 décembre 1982, *Caillol*, Rec. p. 429 ; T.C. 4 juillet 1983, *Caillol*, D. 1983, III, p. 597, note REGOURD ; A.J.D.A. 1984 p. 107 ; C.E. Ass. 27 janvier 1984, *Caillol*, A.J.D.A. 1984, p. 109, chronique LASSERRE et DELAMARE, A.J.D.A. 1984 p. 72 : la décision de placer un prévenu dans un « quartier de plus grande sécurité » relève selon le Tribunal des conflits de la compétence du juge administratif, mais constitue, selon ce dernier, non une mesure de police administrative, mais une mesure d'ordre intérieur.

Telle est donc la portée du critère finaliste. Mais, dans certaines hypothèses, il n'est pas appliqué même lorsqu'il semble s'agir de police ou, en tous cas, d'activités non juridictionnelles.

§ 2. LES LIMITES DU CRITÈRE FINALISTE

Le critère finaliste subit deux sortes de limites : la première ne remet pas en cause sa valeur car elle regroupe des situations dans lesquelles la compétence juridictionnelle est déterminée non en fonction de la nature administrative ou judiciaire de l'acte de police (nature qui demeure identifiable si l'on se sert du critère finaliste) mais par application de certaines théories, notions ou techniques juridictionnelles qui supplantent la nature de l'acte de police dans son effet déterminateur de compétence (A) ; la seconde remet davantage en cause la valeur opératoire du critère finaliste car elle regroupe des hypothèses dans lesquelles ce critère ne permet guère de se prononcer sur la nature de l'acte de police considéré (B).

A. LES HYPOTHESES DANS LESQUELLES LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE N'EST PAS DÉTERMINÉE EN FONCTION DE LA NATURE ADMINISTRATIVE OU JUDICIAIRE DE L'ACTE DE POLICE

Certaines de ces théories, notions ou techniques jouent en faveur de la compétence administrative alors que l'opération litigieuse pouvait être judiciaire (1°) ; elles peuvent au contraire jouer en faveur de la compétence judiciaire même si l'opération relevait de la police administrative (2°).

1° Les éléments perturbateurs de compétence jouant en faveur de la jurisprudence administrative

92. — 1. Par application de la théorie selon laquelle le juge administratif est en principe le juge des litiges entre l'Etat et ses collaborateurs permanents ou occasionnels³⁹, le juge administratif peut se déclarer compétent pour un dommage subi au cours d'une opération de police même judiciaire. En effet, en ce cas, le titre de la compétence n'est pas la nature de l'opération de police mais celui du « lien unissant [la victime] à l'administration »⁴⁰ : ainsi, même après l'arrêt *Baud* de 1951, le juge administratif s'est déclaré compétent pour connaître de la responsabilité de la puissance

39 C. EMERI, *De la responsabilité de l'Administration à l'égard de ses collaborateurs*, Thèse Paris, 1966 ; Ch. BLAEVOET, *Responsabilité des collectivités publiques à l'égard de leurs requis et de leurs collaborateurs bénévoles*, La vie communale et départementale 1962, p. 309 ; E. CHÉRAMY, *La réparation des dommages subis par les collaborateurs occasionnels du service public*, E.D.C.E. 1967, p. 25.

40 J. MOREAU, article précité, p. 81, n° 36.

publique à l'égard d'un passant s'étant bénévolement lancé à la poursuite d'un malfaiteur pris en flagrant délit de vol (C.E. Sect. 17 avril 1953, *Pinguet*)⁴¹. Sans doute cette décision peut-elle aussi s'expliquer par le souci d'équité qui, traditionnellement, conduisait le juge administratif à ne pas laisser au juge judiciaire la connaissance des dommages causés par la police judiciaire que celui-ci n'aurait pas réparés⁴². Sans doute, dans son arrêt du 23 novembre 1956, la Cour de cassation n'a-t-elle pas fait application au docteur *Giry*⁴³ de la théorie que nous évoquons. Mais ces deux objections se prévalent de considérations qui peuvent parfaitement s'intégrer de façon logique dans notre explication : la théorie juridique des collaborateurs occasionnels ou permanents a justement été, au moins en partie, élaborée pour des raisons d'équité⁴⁴ ; il était par ailleurs compréhensible que la Cour de cassation ne fût pas disposée à appliquer cette théorie dans l'espèce même où elle se décidait à réparer les dommages subis du fait de la police judiciaire. En outre, il n'est pas certain, malgré la jurisprudence *Giry*, que le juge administratif accepterait aujourd'hui de se déclarer incompétent à propos de dommages subis par un collaborateur du service public lors d'une opération de police judiciaire⁴⁵. Si cette hypothèse était vérifiée, cela confirmerait que le titre de compétence est bien la « nature du lien » entre ce collaborateur et l'Administration, et non la nature de l'opération de police.

41 Rec. p. 177 ; S. 1953, III, p. 69, note ROBERT ; D. 1954, III, p. 7, note MORANGE ; V. aussi C.E. 9 novembre 1959, *CHABRIÉ*, Rec. T. p. 889.

42 V. C.E. 24 décembre 1909, *Pluchard*, Rec. p. 1029 ; — 8 novembre 1933, *dame Pasquelin*, Rec. p. 1023 ; — 24 juin 1949, *Franquette et Daramy*, Rec. p. 307 (espèces dans lesquelles des agents de police ont été victimes de malfaiteurs venant de commettre un crime ou un délit : compétence néanmoins administrative).

43 Le docteur *Giry*, qui avait été blessé par une explosion alors qu'il était venu porter secours aux victimes d'une asphyxie, avait été requis, sur le fondement des articles 43 et 44 du code d'instruction criminelle, par un commissaire de police qui enquêtait sur cette affaire susceptible de donner lieu à une procédure pénale judiciaire ; bien qu'il ait été blessé par la même explosion, le docteur *Perrier* participait au contraire à une opération de police administrative parce que lui n'avait pas été requis dans les mêmes conditions, mais était venu spontanément porter secours aux victimes de l'asphyxie (voir C.E. Sect. 11 octobre 1957, *commune de Grigny*, R.D.P. 1958, p. 308, concl. KAHN, p. 298, note WALINE ; A.J.D.A. 1957, p. 460 ; D. 1958, III, p. 768, note LUCCHINI) ; il faut noter que la différence de nature des deux polices dans chaque cas entraîne une conséquence sur le plan de l'imputation de la responsabilité éventuelle : l'activité de police judiciaire est imputée à l'Etat ; l'activité de police administrative est, en l'espèce, imputée à la commune.

44 Il faut en voir une preuve *a contrario* dans le fait que, dans certaines espèces, lorsque la compétence administrative aurait abouti à une solution inéquitable pour l'agent participant à une opération de police judiciaire (ou pour ses ayants droit), le juge administratif s'est déclaré incompétent (V. les explications données par M. KAHN dans ses conclusions précitées sur l'arrêt *commune de Grigny* à propos des arrêts : C.E. 16 janvier 1953, *Barbier*, Rec. p. 18 et T.C. 27 janvier 1955, même affaire, Rec. p. 624).

45 V. sur ce point les arrêts cités par M. A. PLANTEY, article précité in E.D.C.E. 1973, p. 71 et s. V. aussi C.E. 9 novembre 1959, *CHABRIÉ*, Rec. T. p. 889.

2. Il y a un autre cas dans lequel le juge administratif semble en principe se déclarer toujours compétent, quelle que soit la nature administrative ou judiciaire de l'opération de police ; c'est celui des barrages routiers de police. En effet, pour ces opérations, il apparaît que le juge, dès avant la jurisprudence *Baud*, a constitué un bloc de compétence administrative⁴⁶ et ⁴⁷ : la compétence n'est donc pas déterminée par la nature de l'opération résultant de l'application du critère en vigueur, mais par la mise en œuvre d'une technique juridictionnelle ou jurisprudentielle destinée à simplifier les difficultés que pourrait susciter l'utilisation du critère quel qu'il soit. On comprend tout d'abord aisément quelles auraient pu être les incertitudes de compétence avant que la jurisprudence *Baud* ne simplifie le critère de distinction des deux polices. Mais, même depuis l'intervention de cette jurisprudence, le critère nouveau ne serait pas toujours de nature à trancher le problème : le but de ces barrages, en effet, n'est pas toujours univoque ; si certains d'entre eux ont bien pour objet de rechercher tel délinquant, il en est d'autres qui sont établis pour opérer des contrôles de routine sans que toutefois soit absolument exclue l'intention de mettre la main sur quelque malfaiteur. L'application du critère finaliste risquerait d'aboutir ici à des subtilités excessives, et cela même à propos des barrages de la première sorte : bien que globalement judiciaires, ces barrages devraient redevenir administratifs lorsque les policiers arrêteraient tel automobiliste qui ne s'avérerait pas être la personne recherchée (mais le tiers — par exemple blessé lors de l'arrestation de la personne recherchée — devrait être

46 V. en ce sens J. MOREAU, art. précité ; T.C. 14 décembre 1946, *époux Schneider*, Rec. p. 333 ; C.E. 17 novembre 1948, *Casini*, Rec. p. 432 ; — 19 novembre 1948, *Delle Chuat*, Rec. p. 438 ; — 24 juin 1949, *Leconte*, Rec. p. 307 ; S. 1949, III, p. 61, concl. Barbet ; D. 1950, p. 5, Chron. BERLIA et MORANGE ; R.D.P. 1949, p. 538, note WALINE ; J.C.P. 1949, II, 5092, concl. Barbet, note GEORGE (arrêt à propos duquel le doyen VEDEL estime que le Conseil d'Etat se déclarerait aujourd'hui incompétent, voir *op. cit.*, p. 427) ; C.E. 26 mai 1950, *Delle Bonnet*, Rec. p. 327 ; V. aussi 27 juillet 1951, *dame Aubergé et Dumont*, Rec. p. 447 ; D. 1952, p. 109, concl. Gazier, note MORANGE, arrêt cependant postérieur à la jurisprudence *Baud* du 11 mai 1951.

47 Contrairement à ce que pense M. MOREAU (article précité, p. 81, n° 38), il ne semble pas, en revanche, qu'il y ait un bloc de compétence administrative en matière de concours de la force publique : les litiges relatifs aux conditions d'exécution par la force publique des ordonnances du juge d'instruction (qui sont des décisions juridictionnelles à la différence des mandats émis par cette autorité ; voir STÉFANI et LEVASSEUR, *Précis de procédure pénale*, T. II, p. 272, § 301 et 486) ressortiraient à notre avis à la compétence judiciaire. On peut certes soutenir que cette exécution n'entre pas dans la notion de « concours de la force publique » dans la mesure où la demande de mise en œuvre de cette force n'émane pas d'un particulier ; mais des demandes de cette sorte formulées par un procureur sont généralement présentées dans le cadre de la notion de concours (v. à propos de l'arrêt *veuve Picard* de 1962, J. MOREAU, article précité, p. 82, n° 40). Il n'y a, par contre, pas de concours lorsque c'est l'administration qui refuse d'exécuter une décision juridictionnelle rendue à son encontre : voir C.E. 31 janvier 1964, *Ets Sellier-Leblanc*, A.J.D.A. 1964, p. 427, note PAULIN (incompétence administrative en ce cas car l'administration ne fait que prolonger ou renouveler un litige d'ordre judiciaire).

considéré comme victime d'une opération de police judiciaire); mais à quel moment cette transformation devrait-elle être réputée accomplie? Avant que l'on ne s'aperçoive que l'automobiliste n'était pas en fin de compte la personne recherchée, ou après? Quelle serait la situation dans l'hypothèse, nullement extravagante, du barrage forcé par inadvertance par quelque conducteur gravement distrait mais parfaitement honorable?... Pour toutes ces raisons, l'utilisation de la technique des blocs de compétence à propos de ces opérations paraît tout à fait opportune.

Toutefois, depuis la généralisation du critère finaliste, aucun arrêt n'a, à notre connaissance, pleinement confirmé le recours à cette technique en la matière (il faudrait pour cela que le juge ait depuis lors, au moins une fois, considéré comme administratif tel barrage routier spécialement dressé pour arrêter tel délinquant déjà recherché ou l'auteur non identifié de telle infraction déterminée).

En revanche, l'arrêt du Tribunal des conflits du 5 décembre 1977, Préfet des Alpes-Maritimes c/ Cour d'appel d'Aix et Delle Motsch, s'est prononcé pour la compétence judiciaire à propos d'une affaire dans laquelle un barrage routier avait été forcé par une voiture en direction de laquelle la police fit feu⁴⁸. Mais cette décision n'infirme pas véritablement l'existence d'un bloc de compétence administrative en la matière. D'une part, en effet, le juge a estimé qu'il s'agissait d'une « opération de contrôle (...) destinée à prévenir les actes de banditisme », qualification appelant par principe la compétence administrative; d'autre part, s'il s'est déclaré pour la compétence judiciaire en l'espèce, ce n'est pas parce que le barrage aurait été simplement franchi par la voiture où avait pris place la victime, mais parce que, après le franchissement lui-même, le conducteur, pour tenter d'échapper aux policiers, avait commis une multitude d'autres infractions que le Haut Tribunal a pris soin de relever, et parce que c'est justement « dans l'intention d'appréhender » l'auteur de ces infractions que la police ouvrit le feu. Par conséquent, cet arrêt ne remet pas en cause la nature en principe administrative des barrages routiers : il ne fait que délimiter d'une façon plus étroite le contenu matériel de ce bloc de compétence — en l'entamant sans doute —, dans la mesure où les opérations qui suivent l'établissement et la garde proprement dite du barrage se détachent de ce bloc et peuvent devenir judiciaires le cas échéant, c'est-à-dire lorsqu'elles sont déterminées par la volonté d'arrêter l'auteur d'infractions se distinguant ou s'ajoutant à celle du simple franchissement du barrage.

3. Il existe enfin une autre série de cas dans lesquels la compétence peut être administrative indépendamment de la nature de l'opération de police qui résulterait de l'application du critère de distinction; c'est celui des actes qui doivent être considérés comme détachables de l'opération de police judiciaire car ils se révèlent

⁴⁸ Rec. p. 671, A.J.D.A. 1978, p. 444, chron. DUTHELLET de LAMOTHE et ROBINEAU.

inutiles à son accomplissement et sont déterminés par d'autres intentions⁴⁹.

L'effet de certaines notions, théories ou techniques peut jouer en sens inverse.

2° Les éléments perturbateurs de compétence jouant en faveur de la compétence judiciaire

93. — Nous ne pouvons ici que répertorier les différents cas dans lesquels la compétence serait judiciaire indépendamment de la nature de l'opération de police.

1. Relèvent ainsi de la compétence judiciaire les actions en responsabilité dirigée contre des agents publics qui, lors d'une opération de police administrative, auraient commis une faute personnelle détachable du service⁵⁰.

2. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle peut être de nature, lorsqu'il trouve à s'appliquer, à priver le juge administratif de sa compétence en matière de police administrative⁵¹.

⁴⁹ Il peut s'agir par exemple de brutalités ou de soustractions d'objets commises par les forces de l'ordre. V. C.E. 27 octobre 1944, *Trombert*, Rec. p. 275; — 24 mars 1950, *Bizière*, Rec. p. 191; S. 1950, III, p. 115; V. MOREAU, article cité, n° 6, p. 71; — la note de M. RIVERO sous T.C. 9 juillet 1953, *Bernadas, Delaitre et Nardon*, J.C.P. 1953, II, 7797 et J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, T. I, p. 506 et 507; V. aussi C.E. 30 avril 1962, *Regidor*, J.C.P. 1969, II, 15923 et C.E. 20 janvier 1971, *Dupuy*, Rec. p. 48; clés de voiture saisies lors d'une arrestation et restituées beaucoup plus tard. Mais de tels actes — au moins quand ils apparaissent gravement irréguliers (vols, brutalités) — peuvent toutefois être analysés comme des fautes personnelles détachables du service (V. *infra*, n° 93).

Il peut aussi s'agir des décisions prises par le ministre de l'intérieur en vertu des articles 46 à 48 du code pénal, relatifs à l'interdiction de séjour qui, prises à la suite d'une condamnation pénale, s'en détachent néanmoins dans la mesure où leur but n'est pas tant de sanctionner que de prévenir d'autres infractions. V. C.E. Ass. 2 mars 1979, *LINNE*, Rec. p. 89, A.J.D.A. 1979, n° 5, p. 75, chron. DUTHELLET de LAMOTHE et ROBINEAU.

⁵⁰ V. C.E. 14 décembre 1946, *Clautour*, Rec. p. 333; — 28 juillet 1951, *Coccoz*, Gaz. Pal. 1951, II, p. 314; T.C. 9 juillet 1953, *Bernadas et Delaitre*, J.C.P. 1953, II, 7797, note RIVERO; Cass. crim. 24 janvier 1974, *Bulteau et dame Domisse*, D.S. 1975, p. 3, note P. TEDESCHI; V. les concl. de M. A. Bernard sur C.E. 26 octobre 1973, *Sadoudi*, R.D.P. 1974, p. 936, et sous cet arrêt les notes de MM. WALINE (R.D.P. 1974, p. 554), FRANCK et BOYON (A.J.D.A. 1973, p. 582), FRANCK (J.C.P. 1974, II, 17596), AUBY (D.S. 1974, p. 255); (comp. cet arrêt avec C.E. 12 mars 1975, *Pothier*, Rec. p. 190); V. aussi, à propos d'une faute personnelle détachable du service de la police judiciaire, C.E. 23 avril 1975, *BART*, Rec. T. p. 1107; sur l'ensemble de la question, V. A. PLANTIEY, *La responsabilité civile de l'Administration du fait des agents de la force publique en droit français*, Rev. juridique et politique, Indépendance et Coopération 1973, n° 4, p. 1021 et s.; et du même auteur son article in E.D.C.E. 1973, p. 71 et s., notam. p. 77 et s.; sur la distinction entre faute personnelle et faute de service: J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 377 et s.

⁵¹ V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 433 et 450; J. ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration (le problème des responsabilités)*, L.G.D.J. 1956; du même auteur, *Le juge administratif et*

3. Il en va enfin de même lorsque peut être invoqué le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée⁵².

Dans cette double série de cas, le critère finaliste ne subit pas véritablement un échec dans la mesure où ce n'est pas la nature de l'opération de police qui décide de la compétence. Mais il existe des hypothèses dans lesquelles la compétence est déterminée par la nature de l'opération de police, et à propos desquelles ce critère ne semble pas opératoire.

B. LES HYPOTHÈSES DANS LESQUELLES LA NATURE ADMINISTRATIVE OU JUDICIAIRE DE L'ACTE DE POLICE NE PEUT ÊTRE DÉTERMINÉE PAR APPLICATION DU CRITÈRE FINALISTE

Le critère finaliste apparaît impuissant à qualifier les actes qui peuvent être entrepris dans deux buts différents, l'un administratif, l'autre judiciaire, buts qui ne sont pas nécessairement exclusifs l'un de l'autre. Cela se produit à propos des actes de constatation des « délits spéciaux » (1°) et des décisions des autorités publiques de provoquer ou non des poursuites pénales (2°).

1° Les actes de constatation des « délits spéciaux »

94. — Lorsque la violation de certaines réglementations — notamment en matière économique — peut constituer à la fois une infraction pénale et une infraction administrative⁵³, l'acte de

la liberté individuelle. Mél. WALINE, p. 719 ; Ph. BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, L.G.D.J. 1964 ; M. DRAN, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, L.G.D.J. 1968 ; P. AMSELEK, *Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteinte administrative à la liberté individuelle*, R.D.P. 1965, p. 801 ; HUET, *L'évolution cyclique de la compétence administrative en matière de protection de la liberté individuelle*, Rev. Adm. 1972, p. 19 ; J.L. BONNEFOY, *L'internement arbitraire : faute pénale ou faute de service*, R.D.P. 1981, p. 163 s.

52 V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 452 et s. et les références citées *supra*, note 51.

On pourrait encore citer le cas de la voie de fait ; mais, en cette hypothèse, il ne s'agit plus de police administrative puisque l'acte est censé avoir perdu jusqu'à son caractère administratif. On peut aussi ici mentionner l'effet perturbateur de compétence que peuvent jouer certains textes, par exemple la loi du 31 décembre 1957 sur la responsabilité de l'État du fait des véhicules administratifs. V. C.E. 8 mars 1963, *Masetti*, R.D.P. 1963, p. 288, concl. Heumann ; J.C.P. 1963, II, 13268, note J. MOREAU.

53 Voir J. MOURGEON, *La répression administrative*, L.G.D.J. 1967, p. 148 et s. C.G. GOUR, *op. cit.*, p. 183 et 193 et s. (certaines administrations ont non seulement le droit de prononcer des sanctions administratives, mais peuvent encore décider de l'opportunité des poursuites pénales). Mais, naturellement, le problème demeure entier de savoir si les sanctions administratives relèvent de la notion de police administrative (bien que les deux notions soient par ailleurs distinctes) ou si, comme le pense M. MOURGEON, la

constatation a *a priori* une nature ambivalente ou virtuellement double : il peut être judiciaire ou administratif (ou judiciaire *et* administratif) selon que l'infraction connaît des suites judiciaires ou seulement administratives (ou les deux à la fois). Au moment où il agit, l'agent de constatation ne connaît même pas lui-même la suite que son supérieur hiérarchique donnera à l'acte qu'il accomplit. Ce n'est donc qu'*a posteriori* que l'on peut décider de la nature de l'acte. En effet, « la compétence est judiciaire si [l'acte] est devenu partie intégrante de la procédure pénale par l'effet de la transmission du procès-verbal (...) au Parquet aux fins de poursuite » ; « la juridiction administrative peut intervenir au contraire si [l'acte] est indépendant d'une procédure judiciaire »⁵⁴. Le critère apparaît donc formel et non pas finaliste. Plus exactement, si l'on préfère, ce ne peut être qu'après que le dossier ait été transmis au Parquet ou après que le ministère public ait décidé de renvoyer ce dernier à l'autorité administrative que l'on peut savoir, rétrospectivement, quel était le but ou l'objet de l'acte de constatation ou de saisie.

Le critère finaliste apparaît inopérant dans un autre cas.

2° Les décisions relatives au déclenchement des poursuites pénales

95. — Face à une situation troublant l'ordre public et constituant en même temps une infraction pénale, l'autorité de police, pour

police est un procédé de la répression administrative (V. Titre II, Sous-Titre I, Chapitre III n° 179 et s.).

54 J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 434 ; dans le même sens, C.G. GOUR, *op. cit.*, p. 175 et s. ; J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 12 et J. MOREAU, article précité, p. 79, n° 31 (ce dernier auteur estime cependant que « la séparation des contentieux s'effectue (...) sur un critère de nature matérielle ou finaliste »). V. T.C. 18 décembre 1943, *Fouquère*, Rec. p. 325 ; Gaz. Pal. 1944, I, p. 357 : procès-verbal intégré par la suite dans une procédure pénale ; C.E. 31 janvier 1947, *Sté des anciens Ets Les Fils de Fernand Floquet*, Rec. p. 41 ; S. 1948, III, p. 20 : demande de mainlevée d'une saisie effectuée par les agents du contrôle économique et ayant donné lieu à des poursuites pénales : compétence judiciaire ; V. aussi T.C. 7 décembre 1950, *Deltel*, Rec. p. 672 : la saisie est appréciée par la juridiction judiciaire « lorsqu'elle s'incorpore initialement ou ultérieurement à une procédure judiciaire », quand bien même le jugement rendu aurait prononcé la relaxe ; T.C. 27 juin 1955, *Nuyts*, Rec. p. 796 ; R.P.D.A. 1955, n° 361 ; compétence judiciaire même lorsque l'autorité judiciaire n'avait pas ordonné la confiscation du bien saisi ; V. aussi C.E. 20 avril 1955, *Faurie*, A.J.D.A. 1955, II, p. 316, obs. PINTO. En sens inverse, la compétence est administrative pour connaître de la légalité d'un procès-verbal n'ayant eu aucune suite judiciaire (C.E. 13 juin 1945, *dame veuve Even*, Rec. p. 118 : en l'espèce, cependant, irrecevabilité des conclusions dirigées contre ce procès-verbal car, n'ayant eu aucune suite, même administrative, il ne faisait pas grief) ; C.E. 8 juillet 1949, *Goudoulin*, S. 1949, III, p. 73 : compétence du juge administratif à propos d'une saisie ne pouvant donner lieu à confiscation judiciaire ; C.E. 3 février 1971, *Pedroletti*, Rec. p. 100 : compétence administrative pour apprécier la légalité d'un procès-verbal constatant une infraction au code de la route qui avait fait l'objet d'une suspension administrative du permis de conduire.

faire cesser le désordre, peut saisir l'autorité judiciaire aux fins de poursuites pénales. Mais l'acte présente alors, indistinctement, un double but : le maintien ou le rétablissement de l'ordre public, et la répression de l'auteur d'une situation délictueuse. Il est évident que, dans ces conditions, le critère finaliste n'est d'aucun secours pour déterminer la nature de cet acte. Il en va de même lorsque l'autorité s'abstient ou refuse de déclencher les poursuites pénales.

1. Lorsqu'il s'agit d'une autorité de police, le principe de répartition des compétences en droit positif semble être le suivant, sous réserve de certaines exceptions : la compétence est normalement judiciaire lorsque l'autorité a effectivement déclenché une procédure de poursuite pénales⁵⁵ ; elle est en revanche administrative lorsque l'autorité s'abstient ou refuse d'utiliser ses pouvoirs⁵⁶ et⁵⁷. L'expli-

55 V. C.E. 19 mai 1911, *Lasabatie*, S. 1913, III, p. 171 ; — 11 avril 1924, *Cousin*, Rec. p. 398 ; — 14 novembre 1923, *consorts Huignard*, Rec. p. 723 ; — 17 juillet 1931, *Lorin*, Rec. p. 801 ; — 9 novembre 1932, *Sté Heil-Haeringer*, Rec. p. 941 ; — 28 mars 1936, *Larue*, Rec. p. 404 (espèces qui concernent des plaintes de l'administration contre différentes infractions : incompétence administrative). Mais lorsque le maire ordonne une interruption de travaux de construction constitutifs d'infraction pénale sur le fondement des articles 102 et 103 du Code de l'urbanisme, il ne prend pas une mesure judiciaire : l'infraction n'est que le motif légal de son acte qui n'a pas pour but de poursuivre pénalement l'auteur du fait délictueux, mais d'arrêter la continuation d'une activité contraire à l'ordre public (C.E. 3 janvier 1975, *S.C.I. Foncière Cannes - Benefiat*, Rec. p. 1) ; en ce cas, toutefois, le critère finaliste ne subit pas d'échec, au contraire. V. aussi C.E. 23 décembre 1981, *Albert Bertin*, Dr. Adm. 1982, n° 47 : « Cons. que les agissements dont M. B. fait grief aux services de police (...) ne sont pas détachables des poursuites pénales dont il faisait l'objet ; que ces agissements, par suite, ne sauraient donner lieu, devant la juridiction administrative, ni à un contentieux de la légalité ni à un contentieux de responsabilité ».

56 V. C.E. 12 octobre 1934, *Siskind*, 11 janvier 1935, *Colombino*, 1^{er} mars 1935, *Angelliers et de Lagarde*, S. 1935, III, p. 41, note P.L., espèces qui emportent revirement de jurisprudence car, auparavant, le Conseil d'Etat, qui s'appuyait sur la qualité d'officier de police du maire, déclinait sa compétence pour apprécier la faute que cette autorité aurait pu commettre en se refusant à faire dresser procès-verbal de certaines infractions. V. aussi pour des exemples de compétence administrative en cas de refus de déclencher les poursuites pénales : C.E. 29 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte d'Or*, D.P. 1937, III, p. 41, concl. Lagrange, note WALINE ; — 27 décembre 1947, *Cuny et Bouzereau*, Rec. p. 496 ; — 30 septembre 1955, *Union nationale des syndicats d'opticiens de France*, Rec. p. 453 ; R.D.P. 1956, p. 401 ; V. aussi les conclusions Landron au Rec. 1956, p. 444 sur l'arrêt *Sécurité sociale pour tous* ; C.E. 2 décembre 1960, *dame veuve Franc*, Rec. p. 667 ; A.J.D.A. 1961, p. 141, concl. Bernard ; D. 1962, III, p. 6, note AUBY ; — 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, D. 1963, III, p. 606, note AUBY ; — 26 mai 1965, *Kutschera*, A.J.D.A. 1965, p. 473, note LAPORTE ; C.E. Ass. 7 mai 1971, *Min. de l'Economie et des Finances c/ Sastre*, Rec. p. 334, concl. Gentot ; C.E. Ass. 20 octobre 1972, *ville de Paris c/ Marabout*, Rec. p. 664 ; A.J.D.A. 1972, p. 597 et 625, concl. Guillaume, p. 581, chron. CABANES et LÉGER ; J.C.P. 1973, II, 17373, note B. OENET ; R.D.P. 1973, p. 832, note WALINE ; C.E. Ass. 20 mars 1974, *Min. de l'Aménagement du territoire c/ Navarra*, Rec. p. 200, concl. Rougevin-Baville ; D. 1974, III, p. 480, note J.P. GILLI ; J.C.P. 1974, II, 17753 et 17785 bis, note LIET-VEAUX ; A.J.D.A. 1974, p. 303 et 433, chron. FRANC et BOYON ; C.E. 29 octobre 1975, *Bideau et consorts Jean-Clément*, R.D.P. 1976, p. 376.

cation généralement avancée pour rendre compte de cette jurisprudence fait valoir que la décision d'entamer des poursuites s'analyse comme un acte relevant du fonctionnement de la justice, tandis que « le refus d'intervenir, par hypothèse même, n'est le point de départ d'aucune procédure judiciaire ; il reste ce qu'il est par lui-même : une décision administrative ». Mais si c'est parce qu'il est négatif, que l'acte ne peut être judiciaire, on ne voit pas pourquoi, dans ces conditions, il serait davantage administratif lorsqu'il est justement négatif, à moins de se fonder implicitement sur la qualité administrative de l'autorité qui pourrait le prendre ; mais si cette autorité a une double nature, comme le maire, qui est aussi officier de police judiciaire, la préférence implicite pour sa nature d'organe administratif ne fait l'objet d'aucune justification. En outre, cette explication ne rend pas compte de toutes les exceptions au principe que nous avons cru pouvoir énoncer⁵⁸.

2. Il semble que l'on puisse tenter d'éclaircir cette jurisprudence et ces exceptions de la façon suivante : la compétence — qu'il s'agisse d'un acte positif ou d'un acte négatif — doit dépendre de la nature judiciaire ou administrative des règles de droit applicables au litige⁵⁹ ; la nature de ces règles dépend elle-même du type de grief que le requérant fait à l'acte (négatif ou positif), à l'agent ou au service.

57 Par contre, lorsqu'il ne s'agit pas d'une autorité de police mais d'une autorité judiciaire ou agissant en tant que telle, la compétence est judiciaire, même en cas de refus de poursuites : c'est le cas pour les refus opposés par le garde des Sceaux (C.E. 10 février 1922, *Violteau*, Rec. p. 120 ; — 14 décembre 1927, *Kervegand*, Rec. p. 1200 ; — 13 janvier 1971, *Association de défense des contribuables du Touquet*, Rec. p. 33) ou par le ministre des Armées (C.E. 14 novembre 1957, *Allio*, Rec. p. 877) « agissant comme supérieurs hiérarchiques du Parquet civil et du Parquet militaire » (Henry, concl. sur C.E. 11 mai 1962, *Salan*, R.D.P. 1962, p. 545).

58 La compétence est judiciaire pour connaître de l'interdiction par le maire faite au garde-champêtre de constater certaines infractions (C.E. 29 janvier 1954, *Jolivot*, Rec. p. 61 ; A.J.D.A. 1954, II, p. 85). Par contre, la compétence est administrative à propos des dénonciations que certaines autorités administratives peuvent adresser au ministre public (T.C. 14 septembre 1925, *Navarro*, Rec. p. 1007 ; — 14 décembre 1946, *Trillat*, Rec. p. 334) ; cette dernière jurisprudence, « contestable » selon MM. AUBY et DRAGO (*op. cit.*, p. 497), a reçu diverses explications : pour P. LAROCHE (note précitée sous les arrêts *Siskind* et autres, S. 1935, III, p. 41), la compétence doit être judiciaire lorsque l'administration a déposé une « plainte » car, ce faisant, elle agit en tant que « partie lésée » dans ses intérêts patrimoniaux, tandis que lorsqu'elle fait une « dénonciation » comme en ces espèces (V. les articles 29 du Code d'instruction criminelle et 40 du Code de procédure pénale), elle agit « au nom d'un intérêt public sans que la collectivité elle-même ait subi un préjudice », ce qui expliquerait la compétence administrative ; M. GOUR, estimant trop fragile la distinction entre « plainte » et « dénonciation », croit pouvoir fonder cette jurisprudence sur le fait que dans ces espèces l'action était dirigée contre les agents pris personnellement et que, le conflit ayant été élevé, la compétence a été déclarée en fin de compte administrative car la faute de l'agent n'était pas personnelle ou détachable du service (voir *op. cit.*, p. 171).

59 V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 340.

Si le requérant invoque l'illégalité de l'acte même ayant pour objet de déclencher les poursuites pénales (plainte, dénonciation, procès-verbal) et pris par une autorité de police, il ne peut qu'invoquer les règles de procédure pénale, et la compétence ne peut être que judiciaire car, par ailleurs, on ne voit pas que le juge administratif puisse s'immiscer dans le fonctionnement de la justice. Si l'acte de l'autorité de police⁶⁰ est négatif, la compétence doit être normalement administrative car il ne semble pas exister, en droit privé, de règle au vu de laquelle un refus de déclencher des poursuites serait de nature, soit à constituer une illégalité, soit à engager la responsabilité de la puissance publique⁶¹. Au contraire, en droit administratif, il existe une règle selon laquelle l'administration a l'obligation d'assurer l'exécution de la loi ou de mettre fin à une situation contraire à l'ordre public⁶²; d'ailleurs, ce dont peut se plaindre le requérant n'est pas le fait que des poursuites pénales n'aient pas été engagées, mais simplement qu'il n'a pas été mis fin à une situation illégale ou contraire à l'ordre public : dans le cadre de son obligation, l'administration a en effet le choix des moyens (sauf texte contraire)⁶³. La compétence peut cependant être administrative, même en cas de décision positive, lorsque le requérant invoque non pas l'illégalité — au regard des règles de procédure pénale — des actes de poursuite eux-mêmes, mais la faute ou la responsabilité qui, du point de vue des règles gouvernant l'action administrative, peut incomber au service qui a dénoncé aux autorités judiciaires une situation que celui-ci a lui-même contribué à créer : par exemple, lorsque le préfet, après avoir délivré un titre de transport irrégulier, dénonce aux fins de poursuite celui auquel il l'a délivré (affaire *Navarro*, T.C. 14 septembre 1925)⁶⁴; par

⁶⁰ S'il ne s'agit pas d'une autorité de police mais d'un organe n'ayant que des pouvoirs judiciaires ou agissant au titre de son pouvoir judiciaire, la compétence, même en cas de refus de poursuivre, ne peut être que judiciaire (v. *supra*, note 57).

⁶¹ Voir Henry, conclusions précitées sur C.E. 11 mai 1962 : « Tout individu a le droit d'obtenir un juge et c'est la raison de votre compétence sur le refus d'agir parce qu'aucun autre juge ne pourrait se prononcer » (R.D.P. 1962, p. 549); en droit pénal prévaut au contraire le principe de l'opportunité des poursuites; l'article 40 du Code de procédure pénale ne paraît pas avoir la portée que semble impliquer la lettre de ses dispositions; quant à l'article 62 du Code pénal, il n'oblige que les personnes prises individuellement et non pas la puissance publique.

⁶² V. en plus des références citées ci-dessus à la note 56, P. MONTANÉ de la ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Thèse 1950; D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, *La carence en droit administratif*, Thèse Paris 1972; J.M. AUBY, *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois*, J.C.P. 1953, I, 1080; D. LOSCHAK, *Un nouveau cas de responsabilité sans faute: l'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions*; J.C.P. 1972, I, 2246.

⁶³ Voir concl. Rougevin-Baville sur C.E. Ass. 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Navarra* (précitées); V. aussi C.E. 9 juin 1978, *Ville de Nice c/ Liotard*, Rec. p. 241.

⁶⁴ Précité (note 58). Cependant, dans un cas et dans l'autre, les autorités administratives n'ont pas agi en tant qu'autorités de police, mais comme agents ou chefs de services publics. V. aussi : C.E. 20 juin 1962, *Aigouy*, Rec. T., p. 925 : refus du ministre de communiquer un rapport de gendarmerie : compétence administrative.

exemple, lorsqu'une postière porte plainte pour vol contre un administré qui aurait accepté en paiement des sommes excessives que celle-ci lui avait cependant versées à son guichet (affaire *Trillat*, T.C. 14 septembre 1946)⁶⁵; dans les deux cas, le fait que le service ait lui-même créé de telles situations et qu'il ait néanmoins porté plainte révèle son fonctionnement pour le moins défectueux et irresponsable, et il est compréhensible que le juge administratif ait été compétent, sauf justement quand la gravité du fait était suffisante pour constituer une faute personnelle détachable du service. Dans un autre arrêt au contraire (C.E. 29 janvier 1954, *Jolivot*)⁶⁶, le juge administratif a pu récuser sa compétence bien qu'il se fût agi d'un acte négatif, car le requérant ne reprochait pas au maire de s'être abstenu de mettre fin à une situation illégale ou contraire à l'ordre public mais d'avoir usé sur un garde-champêtre de son autorité d'officier de police judiciaire pour interdire à celui-ci de dresser procès-verbal d'un délit dont il avait eu connaissance.

Ainsi, le critère finaliste n'est pas toujours de nature à permettre l'application de la « clause générale de compétence juridictionnelle » tirée de la nature des règles de droit applicables. Mais, dans l'ensemble, il y parvient malgré ces quelques exceptions. C'est pourquoi il doit être préféré aux critères non finalistes.

⁶⁵ Précité, note 58.

⁶⁶ Rec. p. 61; A.J.D.A. 1954, II, p. 85.

SECTION II

REJET DES CRITÈRES NON-FINALISTES

Pour rejeter les critères non-finalistes, il pourrait paraître suffisant de tirer argument du droit positif. Mais tous ces critères ont été formulés ou défendus après la jurisprudence Baud. Il faut cependant faire une distinction : certains de ces critères ont été élaborés pour refléter le droit positif (§ 1) ; d'autres l'ont été pour le modifier ou l'infléchir (§ 2).

§ 1. LES CRITÈRES PRÉTENDANT REFLÈTER LE DROIT POSITIF

Il en existe deux de cette sorte : celui fondé sur les caractères préventif de la police administrative et répressif de la police judiciaire (A) ; celui fondé sur la nature judiciaire ou administrative de l'agent dont émane l'acte considéré (B).

A. LE CRITÈRE FONDÉ SUR LES CARACTÈRES PRÉVENTIF
DE LA POLICE ADMINISTRATIVE ET RÉPRESSIF
DE LA POLICE JUDICIAIRE

96. — Ce critère doit être rejeté parce que l'opposition prévention-répression n'est pas suffisamment précise (1°) et parce que, même si elle l'était, la police administrative n'est que généralement préventive (2°).

1° L'imprécision de la distinction prévention-répression

Toute la difficulté ou l'imprécision tient à ce que l'on ne sait pas par rapport à quoi il convient d'apprécier le caractère préventif ou répressif d'une mesure : est-ce son effet sur la liberté qui détermine sa nature préventive ou répressive ? Est-ce le moment où elle intervient par rapport au trouble à l'ordre public ou à l'infraction ? Une mesure qui intervient avant le trouble et pour l'éviter est bien préventive par rapport à la réalisation de ce trouble ; mais, du point de vue de la liberté, elle apparaît en un certain sens répressive car elle limite cette liberté ; on peut même dire que les mesures les plus répressives — au sens politique que le terme « répression » tend à revêtir de nos jours — sont celles qui instaurent un régime d'autorisation préalable appelé encore... « régime préventif » (en cet autre sens que la liberté, pour s'exercer, dépend d'une décision préalable de l'autorité). Une mesure qui interviendrait après la

réalisation du trouble, pour rétablir l'ordre, pourrait-elle encore être appelée « préventive » ? A l'inverse, une mesure qui a pour objet de réprimer pénalement tel fait comporte certainement un but de prévention puisqu'il est censé, par l'effet d'exemplarité, empêcher le renouvellement d'un désordre ou d'une infraction. Il est enfin impossible de savoir si une mesure ayant pour objet de déclencher des poursuites pénales dans le but de mettre fin à une situation de désordre est préventive ou répressive¹.

2° La police administrative n'est que généralement préventive

Même si l'on admettait que la distinction prévention-répression fût claire, cette distinction serait inacceptable en tant que critère dès lors que des actes qui, sans conteste, sont répressifs au moins du point de vue de leurs destinataires, comme les sanctions administratives ou les décrets d'extradition² — mais s'agit-il encore de police ? — ne constituent pas des actes de police judiciaire. En outre, il existe des actes de police administrative qui ne sont cependant pas qualifiables au regard de l'opposition prévention-répression et qu'il faut bien cependant distinguer des actes de police judiciaire : les concours de la force publique ; ces opérations ne sont ni vraiment préventives (le trouble est déjà réalisé puisque le jugement n'a pas été exécuté), ni vraiment répressives (il ne s'agit pas de punir la partie à l'instance qui a succombé mais de la contraindre à s'exécuter) ; plus exactement, ces opérations sont coercitives (et la coercition, du point de vue de la liberté, est assez répressive...).

1 Ce sont là les raisons pour lesquelles les auteurs qui énoncent la distinction prévention-répression comme critère possible de distinction entre police administrative et police judiciaire ne la retiennent qu'avec beaucoup de nuances ou la rejettent selon le cas (V. A. de LUBADÈRE, *op. cit.*, p. 531, § 965 ; J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 32 ; G. VEDEL, *op. cit.*, p. 112 ; J. RIVERO, *op. cit.*, p. 385 ; cependant les auteurs pénalistes l'acceptent beaucoup plus nettement, V. STÉFANI et LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 1970, p. 206 et s. ; BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1970, p. 1034 s. La seule façon de préciser utilement l'opposition prévention-répression est de se servir du critère finaliste comme le fait M. BOURJOL : « La police administrative est préventive : elle tend à prévenir un trouble à l'ordre public, à éviter le désordre en prenant à l'avance les mesures nécessaires. La police judiciaire est répressive : elle tend à constater une infraction, à réunir les preuves de celle-ci, à livrer les auteurs à la justice » (*op. cit.*, p. 274).

2 C.E. 28 mai 1937, *Decerf*, Rec. p. 534, S. 1937, III, p. 73, note LAROQUE ; C.E. 30 mai 1950, *Dame Kirkwood*, Rec. p. 291, R.D.P. 1952, p. 781, concl. Letourneur, note WALINE, S. 1953, III, p. 33, note BOUZAT ; C.E. 18 novembre 1955, *Pétalas*, Rec. p. 548, J.C.P. 1956, II, 9184, note VITU, A.J.D.A. 1956, II, p. 31, Chron. LONG ; C.E. 24 octobre 1973, *Rendel* ; C.E. Ass. 24 juin 1977, *Astudillo Calleja*, A.J.D.A. 1977, p. 490, Chron. NAUWELAERS et DUTHEILLET de LAMOTHE, Gaz. Pal 1^{er} décembre 1977, note M. LADHARI, R.D.P. 1978, p. 263, note J. ROBERT. Sur les demandes d'extradition, V. C.E. 21 juillet 1972, *Legros*, A.J.D.A. 1974, p. 259, note Cl. BLUMANN ; pour ces actes, la compétence est au contraire judiciaire.

Il existe un autre critère qui, de façon beaucoup plus circonstanciée, prétend refléter le droit positif : celui qu'a élaboré M. Gour.

B. LE CRITÈRE ORGANIQUE

La nature du critère retenu par M. Gour n'est en réalité organique que de façon générale : soucieux, en effet, de refléter le droit positif, l'auteur est amené à nuancer quelquefois considérablement son affirmation. Il en résulte une construction assez « subtile » (J. MOREAU) dont l'exposé est nécessaire (1°) pour repousser cette thèse dans ses retranchements (2°).

1° Exposé du critère organique

97. — M. Gour distingue deux catégories d'« agents de recherche ou de constatation d'infractions » — l'une judiciaire, l'autre administrative — et élabore pour chaque catégorie un système de critères à dominante organique ou formelle mais faisant intervenir également des éléments matériels.

1. — La catégorie des « agents judiciaires de recherche » est formée de tous les fonctionnaires ou magistrats auxquels l'article 9 du Code d'instruction criminelle avait conféré la qualité d'officier de police judiciaire³. Selon l'auteur, ces « agents judiciaires de recherche » tiennent leur qualité, non de leurs fonctions (les « agents administratifs de recherche » exercent aussi certaines de ces fonctions), mais de la « loi [qui] a entendu leur donner cette nature en les soumettant à un ensemble de contrôles et de surveillances de la part des autorités judiciaires qui soulignent formellement cette qualité et que l'on ne trouve pas à l'égard des autres agents ».

— A côté de cette première catégorie, il y a, dans le système de l'auteur, celle des « agents administratifs investis du pouvoir de constater certains délits spéciaux ». Ce sont les lois définissant les délits spéciaux et conférant à ces agents compétence à l'effet de les constater qui souligneraient leur « caractère administratif ». Celui-ci proviendrait de « leur dépendance à l'égard de leur chef hiérarchique », du fait qu'ils relèvent d'un « statut administratif », qu'« ils ne

³ V. *op. cit.*, p. 103 et 112 ; sous l'empire du Code de procédure pénale (art. 15) cette catégorie d'agents judiciaires se divise en trois groupes : les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire et les agents auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire. Mais constatant que ce dernier groupe réunit en son sein des agents dont certains lui apparaissent « judiciaires » et d'autres « administratifs », l'auteur est nécessairement conduit à émettre certaines « réserves » sur cette catégorie qu'il juge « hétérogène » (p. 112). Il accepte ainsi de trouver dans ce groupe et cette catégorie le chef de district et les agents techniques des Eaux et Forêts et les gardes-champêtres ainsi que les gardes forestiers assermentés (art. 22, 27, 29, C.P.P.) mais pas les « fonctionnaires et agents des administrations et services publics » de l'article 28 qui restent pour lui des « agents administratifs » simplement investis de certaines compétences de police judiciaire.

sont pas soumis à la surveillance de l'autorité judiciaire » et qu'ils appartiennent « à l'ordre administratif » ou, plus particulièrement, à des administrations spécialisées : « douanes, contributions indirectes, contrôle économique ». Pour toutes ces raisons, « ce ne sont pas (...) des agents judiciaires au sens formel mais des agents administratifs collaborant à l'activité judiciaire »⁴.

2. Selon M. Gour, le critère applicable aux actes des agents judiciaires n'est pas finaliste : « ce n'est pas, écrit-il, à l'égard d'opérations complexes de police judiciaire définies par leur but que le juge administratif se déclare incompétent, mais à l'égard des actes des agents judiciaires de recherche (...) et à raison de la qualité organique de leurs auteurs »⁵. Certes, concède-t-il, dans certaines hypothèses « l'élément organique n'est jamais directement apparent et requiert pour sa détermination le recours à des critères secondaires ». Il distingue donc deux hypothèses : celle « dans lesquelles l'élément formel est nettement caractérisé » et celles dans lesquelles « l'élément organique et formel n'est pas directement identifiable ». Dans ces derniers cas où il existe une « difficulté majeure » de compétence parce que l'agent fait l'objet d'un « dédoublement de qualité », M. Gour admet que le juge, pour déceler en quelle qualité l'agent est intervenu, « utilise tou[s] indice[s] de fait, parmi lesquels la considération du but de la recherche, apparemment du moins, semble souvent le principal ». Mais, dans l'ensemble, estime M. Gour, le critère finaliste n'est qu'« accessoire ». Il est même démenti, à son sens, dans les espèces « où l'idée de but se trouve en concurrence avec des éléments formels qui la contredisent »⁶ et où la compétence a été administrative bien que, si l'on

⁴ Sur tous ces points, V. les pages 103 et s. et 177 et s. de son ouvrage.

⁵ Dans cette première série d'hypothèses où le critère organique ou formel est utilisé par la jurisprudence, M. Gour range — les actes des autorités exclusivement judiciaires (juge d'instruction, procureur) ; — les actes ou opérations de police des forces exclusivement compétentes en matière de police judiciaire (C.E. 6 mai 1936, *Simon*, Rec. p. 507 : ces forces n'existent plus) ; — les actes pris en exécution d'une instruction ou d'un mandat délivré à l'occasion d'une procédure judiciaire (C.E. 2 novembre 1932, *Devis*, Rec. p. 898) (Voir *op. cit.*, p. 113). Il s'agit donc là d'exemples où non seulement la difficulté de compétence n'existe pas (parce qu'il n'y a pas de dédoublement fonctionnel des organes), mais encore où la nature judiciaire de ces opérations était déjà déductible du but qu'elles visaient : recherche, constatation ou poursuite d'une infraction pénale.

⁶ Voir *op. cit.*, p. 115. Pour illustrer ce démenti, l'auteur s'appuie sur deux arrêts :

— l'arrêt *Colombino* (C.E. 11 janvier 1935, précité) : dans cet arrêt, le juge administratif s'est déclaré compétent pour apprécier la légalité du refus du maire de déclencher des poursuites judiciaires pour infraction à la législation des lotissements ; M. Gour explique cette situation en se fondant sur ce que la loi qui conférerait ce pouvoir au maire de dresser procès-verbal pour infraction ne le considérerait pas en tant qu'officier de police judiciaire (donc en tant qu'« agent judiciaire de recherche ») mais en tant qu'« agent administratif de recherche » ; c'est en quoi l'élément organique aurait prévalu sur l'élément finaliste. Mais rien dans la loi du 14 mars 1919 ne permet de penser qu'elle saisissait le maire en tant qu'agent administratif et non en tant qu'officier de police judiciaire ; bien au contraire,

avait appliqué le critère finaliste, l'opération eût dû être judiciaire⁷. Prenant donc exactement le contre-pied de la thèse de M. Delvolvé, l'auteur conclut : « c'est donc tout d'abord aux éléments formels que recourt la Haute Juridiction pour rechercher la qualité, non directement apparente, de l'agent et, en leur absence seulement, à l'élément but. Si ce dernier est mentionné dans le premier cas, il est surabondant »⁸.

— Pour les « agents administratifs » de recherche, l'auteur fait aussi découler la compétence juridictionnelle de la nature de l'organe : « seule la qualité judiciaire ou administrative de l'agent saisissant peut déterminer la nature de l'acte » ; « les agents des administrations spécialisées demeurent en toute circonstance administratifs »⁹. Dans ces conditions, lorsque la compétence est néanmoins judiciaire à propos des actes de ces agents (c'est-à-dire quand ces actes ont été *a posteriori* intégrés dans une procédure judiciaire par la transmission des pièces au Parquet notamment), l'auteur est obligé de se contredire car il souligne en cette hypothèse « l'absence de base organique de la compétence »¹⁰, ce qui obère gravement l'intérêt de la distinction entre « agents administratifs » et « agents judiciaires » et apporte un démenti au critère organique car ici le critère appliqué est bien plutôt formel (transmission des pièces au Parquet).

son article 16 confie le soin de dresser procès-verbal à des *officiers de police judiciaire*, à raison même de leur compétence ; on se demande bien pourquoi le maire, qui entre dans cette catégorie d'agent judiciaire, aurait été, par la loi, considéré comme « agent administratif » ; il ressort en tout cas du raisonnement de l'auteur que même le premier groupe de la catégorie des agents judiciaires peut s'avérer « hétérogène » lui aussi ;

— l'auteur s'appuie sur un second arrêt : C.E. 20 avril 1956, *Société « Les Quatre Frères »* (R.P.D.A. 1956, n° 176, A.J.D.A. 1956, II, p. 190, concl. Lasry), arrêt dans lequel le Conseil d'Etat rejette pour incompétence la requête en annulation d'un arrêté préfectoral de fermeture de restaurant décidée à la suite d'une perquisition effectuée sur mandat du préfet délivré sur la base des pouvoirs qu'il tenait de l'article 10 du Code d'Instruction criminelle. Cette solution s'explique par le fait que, en 1956, le critère finaliste n'était pas encore suffisamment implanté pour prévaloir sur les considérations formelles de l'espèce, prévalence qui n'a été complètement consacrée qu'à partir de la jurisprudence *Frampar* de 1960. Mais on ne saurait faire grief à M. Gour de s'être appuyé sur une jurisprudence qui, depuis la date de sa thèse, a subi certaines évolutions ; du moins peut-on constater que ses vues n'ont pas été confirmées par la jurisprudence postérieure puisqu'un acte formellement et organiquement judiciaire ou présenté comme tel par son auteur peut désormais ressortir à la compétence administrative lorsque les circonstances de fait montrent qu'en réalité son objet était administratif.

7 L'auteur, qui n'a pas observé que la distinction police administrative - police judiciaire peut être supplantée dans ses effets déterminateurs de compétence par l'application d'autres notions ou techniques, s'appuie ici sur des arrêts qui font application de la théorie des collaborateurs du service public : C.E. 17 avril 1953, *Pinguet* ; 9 novembre 1954, *Chabrière*, etc. V. *supra*, Section I, notes 41 et 42.

8 *Op. cit.*, p. 116.

9 *Op. cit.*, p. 183.

10 *Op. cit.*, p. 191. V. aussi p. 178-179, 181 et 183.

2° Critique du critère organique

98. — Bien que l'auteur fonde toute sa thèse sur la distinction entre la « mission judiciaire » et « l'administration du service judiciaire », il semble que sa démarche s'explique par cela qu'il a voulu à toutes forces trouver un critère qui, par sa formulation même, exprime le contenu du principe sur lequel repose la répartition des compétences juridictionnelles : parce que ce principe est celui de la séparation des *autorités* judiciaires et administratives, le critère doit lui aussi être organique.

1. Mais, en premier lieu, si le principe sur lequel repose la séparation des contentieux a une expression incontestablement organique, son fondement, lui, n'est pas organique mais fonctionnel : ce qui est déterminant pour justifier l'existence d'une séparation des contentieux, c'est la nature administrative ou judiciaire de la *fonction* à laquelle l'acte se rattache¹¹. Si la « clause générale de compétence » permettant de mettre en œuvre le principe peut être tirée de la nature des règles de droit applicables au litige, il peut être nécessaire d'utiliser certains critères pour appliquer cette clause générale. Le critère le plus simple doit être cherché dans la nature de l'auteur de l'acte, lorsque celle-ci est aisément déterminable, en fonction de la loi en particulier. Si la qualité en laquelle l'organe a agi est indéterminée (spécialement lorsque la loi lui donne deux qualités différentes), le juge doit nécessairement renoncer à s'intéresser à l'organe ; il se tourne alors vers d'autres éléments de l'acte, ses autres caractéristiques formelles notamment qui sont en général faciles à identifier (par exemple son moment d'intervention par rapport à d'autres actes dont la nature est connue : acte exécuté après instruction du Parquet, après saisine de la juridiction judiciaire, etc.). Si l'acte ne présente pas de caractéristique formelle spécifique, le juge s'attachera aux éléments internes de l'acte non directement apparents (but, objet, intention de l'auteur de l'acte) ou aux circonstances extérieures dans lesquelles l'acte a été pris. En cette dernière hypothèse, le juge n'a plus à s'interroger sur la nature de l'organe — surtout si celle-ci est mixte — puisqu'il a déjà découvert la nature de l'acte : en ce cas, ce n'est plus la nature de l'organe qui détermine celle de l'acte, mais l'inverse.

Or, lorsque M. Gour écrit : « ce n'est jamais le but de l'opération, la recherche d'un délit susceptible de donner lieu à des poursuites judiciaires qui détermine directement la compétence mais la qualité de l'agent en cause »¹², il nous semble qu'il est victime d'une illusion selon laquelle la qualité de l'organe constituerait le *fondement* de la compétence (ou de l'incompétence) et qu'il commet une confusion entre ce *fondement* et l'un des *critères* permettant de mettre en œuvre ses implications.

11 V. J.M. AUBY et R. DRAGO, § 327 et s., notam. § 330.

12 *Op. cit.*, p. 111.

2. Ainsi, en second lieu, il n'apparaît plus légitime que l'auteur ait fondé tout son système sur une distinction « ex-ante » entre les agents judiciaires et les agents administratifs, d'autant que celle-ci se révèle contestable : les officiers de police judiciaire ont eux aussi un « statut administratif », en tant que commissaires, inspecteurs, maires, gendarmes... ; ils sont eux aussi soumis à une « hiérarchie administrative » ; de ce point de vue, ils apparaissent tout autant « administratifs » que les agents ainsi dénommés par M. Gour. Ils ne revêtent la qualité d'agents judiciaires qu'autant qu'ils participent à la *fonction* judiciaire ou à la police judiciaire¹³ que le Code de procédure pénale définit et décrit moins comme une institution d'agents que, justement, comme une fonction¹⁴. Ainsi, la qualité d'agent judiciaire est en réalité purement fonctionnelle : elle ne dépend pas d'une essence antérieure, propre à l'agent et indépendante des fonctions qu'il exerce.

— La situation apparaît identique pour les « agents administratifs de recherche » que d'aucuns appellent « officiers spéciaux de police judiciaire »¹⁵ : pour les empêcher d'accéder à cette qualité fonctionnelle d'agents judiciaires, il n'est pas suffisant de s'appuyer sur le caractère spécialisé de leur compétence. D'ailleurs, même si leur compétence légale est étroitement définie, ils accomplissent plus d'actes de police judiciaire que les maires qui, pourtant, sont des officiers de police judiciaire de plein exercice mais n'exercent guère en fait ces compétences. De toutes façons, le Code de procédure pénale accorde à ces fonctionnaires leur qualité d'agent judiciaire spécialisé dans les mêmes termes et sous la même condition fonctionnelle que pour les autres organes à compétence mixte : « La police judiciaire comprend : 1°) les officiers de police judiciaire, 2°) les agents de police judiciaire, 3°) les fonctionnaires et agents auxquels sont attribuées par la loi certaines *fonctions* de police judiciaire » (art. 15).

Dans ces conditions, la distinction *a priori* des deux catégories d'agents apparaît parfaitement vaine. Comme en outre elle conduit

13 C'était tout particulièrement vrai lorsqu'il s'agissait de déterminer l'applicabilité de la procédure de prise à partie, procédure dont M. Gour tire également argument pour accuser la spécificité de ces agents judiciaires : or ceux-ci ne pouvaient se prévaloir de cette qualité, et donc de cette protection, que lorsque l'acte litigieux avait été accompli dans l'exercice de *fonctions* judiciaires (Voir Cass. Crim. 6 novembre 1950, D. 1950, p. 738) ; la nature fonctionnelle de la police judiciaire et de la qualité de ces agents est encore vraie aujourd'hui en ce que les autres conséquences qui s'attachent à leur qualité d'agent judiciaire dépendent de l'effectivité de leur participation à la fonction de police judiciaire : le maire n'est pas sous l'autorité du Procureur lorsqu'il exécute une mission de police administrative ; de la même façon, l'article 16 du C.P.P. dispose : « Les fonctionnaires visés aux 2° et 3° ci-dessus (...) ne peuvent se prévaloir de cette qualité [d'officier de police judiciaire] que s'ils sont affectés à un *emploi* comportant cet *exercice* (...) ».

14 Voir l'article 12 C.P.P. « La police judiciaire est *exercée* (...) » ; art 14 : « elle est *chargée* (...) elle *exécute* (...) ».

15 V. les références citées par M. Gour, *op. cit.*, p. 102 et 176.

souvent à disjoindre la nature de l'organe de la nature de la compétence juridictionnelle, il nous semble que le critère organique mérite les mêmes critiques que celles encourues par la jurisprudence antérieure à l'arrêt Baud. A notre sens, il complique inutilement une jurisprudence déjà « extraordinairement complexe », que le critère finaliste avait eu l'immense avantage de simplifier.

Mais ce critère n'est pas parfait, on le sait. Certains auteurs en ont donc proposé d'autres destinés à modifier ou à infléchir la distinction, en droit positif, entre police judiciaire et police administrative.

§ 2. LES CRITÈRES DESTINÉS A MODIFIER OU A INFLECHIR LE DROIT POSITIF

Deux auteurs ont proposé de tels critères : M. Drago, estimant « souvent imprécise (...) la frontière qui sépare la police administrative de la police judiciaire », a formulé un critère formel destiné à supplanter complètement le critère finaliste (A) ; M. Moreau, lui, tout en jugeant acceptable le critère finaliste, a mis en lumière certaines de ses limites et proposé un critère « accessoire » « différentiel » afin de pallier les insuffisances du critère finaliste, critère principal (B).

A. LE CRITÈRE FORMEL DE M. DRAGO

Commentant les arrêts Baud, Noualek et Moulis¹⁶, le Professeur Drago a proposé un critère permettant de distinguer sans hésitation possible la police administrative de la police judiciaire (1°) ; mais ayant été élaboré avant l'intervention de la jurisprudence Giry, ce critère a perdu certains de ses avantages (2°).

1° Exposé du critère

99. — 1. Selon l'auteur, « toutes les opérations de recherche et de poursuite des infractions peuvent se classer en deux grands groupes ; la ligne de partage est faite par la première décision de caractère juridictionnel qui intervient en ces matières, c'est-à-dire généralement une décision du juge d'instruction ». Les opérations antérieures à cette décision ressortiraient à la compétence du juge administratif ; celles qui lui sont postérieures ne seraient déferées qu'au seul juge judiciaire. Malgré les apparences, ce principe de répartition ne découle pas d'un choix arbitraire. L'étude du droit de la responsabilité de la puissance publique du fait des « décisions

16 Respectivement C.E. 11 mai 1951, T.C. 7 juin 1951, C.E. 18 mai 1951, S. 1952, III, p. 13 ; sous l'arrêt Moulis, V. aussi note Ch. DURAND à la R.A. 1951, p. 500.

de justice », d'une part, et de « l'action des services judiciaires ou placés sous l'autorité de la justice », d'autre part, permet à l'auteur d'opposer ces deux catégories par leur régime et surtout par leur nature : « la décision de justice » ne peut sans texte donner lieu à réparation parce que le fondement de la responsabilité tiré de la corrélation entre avantages et charges fait défaut en la matière, tandis que l'« opération relevant (...) de services dépendant de l'autorité judiciaire » peut donner lieu à indemnisation pour la raison inverse : ici, en effet, l'Etat « tire avantage de l'activité de ses agents » qui ne jouissent pas en la matière du « privilège d'indépendance à l'égard de l'Etat qu'ont les seuls magistrats ». Il faut donc distinguer l'acte juridictionnel lui-même des actes qui le précèdent, tout comme la jurisprudence l'a depuis lors distingué de ceux qui le suivent (les actes d'exécution par la force publique apportant son concours). Il est possible également de confier la connaissance des litiges relatifs aux actes de préparation de la décision juridictionnelle — quels qu'ils soient — au juge administratif, puisque celui-ci a compétence pour déclarer l'Etat débiteur et puisque le droit qu'il applique est de nature, à la différence du droit privé¹⁷, à sanctionner la responsabilité de l'Etat.

2. Ainsi, il ne nous semble pas véritablement exact de dire, comme M. Moreau, que « M. Drago préconise finalement une séparation des *contentieux* située non pas entre la police administrative et la police judiciaire, mais à l'intérieur même de cette dernière »¹⁸. Certes, il s'agit bien d'une récusation des limites *légales* de la catégorie « police judiciaire », catégorie qui inclut les actes antérieurs à la décision juridictionnelle (en particulier ceux exécutés dans le cadre de l'enquête de flagrance, de l'enquête officieuse ou préliminaire). Mais, dans l'esprit de l'auteur, ces limites légales ou techniques ne correspondent pas à ses limites réelles car, conceptuellement, pour M. Drago, « toute opération qui se situe avant ce stade [de la première décision juridictionnelle du juge d'instruction] est, qu'on le veuille ou non, une opération administrative au sens où exécutif est synonyme d'administratif »¹⁹. Il ne s'agit donc pas seulement d'un « critère de compétence juridictionnelle », mais aussi d'un critère de distinction entre les deux *notions* de police administrative et police judiciaire.

¹⁷ V. *supra* introduction de ce chapitre, note 13 où nous expliquons comment le juge judiciaire, avant la jurisprudence Giry, parvenait à rejeter toute responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 1384 du Code civil.

¹⁸ Article précité, A.J.D.A. 1963, p. 75, n° 17, souligné par l'auteur.

¹⁹ M. MOREAU qualifie de « matériel » le critère proposé par M. DRAGO (article précité, p. 74, n° 16) ; ceci est exact quand on considère que le fait pour une opération de police, d'intervenir avant ou après une décision juridictionnelle est bien matériel ; mais, d'un autre point de vue, l'antériorité ou la postériorité s'apprécie par rapport à l'inexistence ou l'existence d'un acte qui est, elle, un fait juridique et, en ce sens, un élément formel ; en outre, la nature juridictionnelle ou non de cet acte est identifiable par ses caractéristiques formelles. C'est pourquoi nous préférons la qualification de « critère formel ».

2° Appréciation du critère

100. — 1. Incontestablement, ce critère aurait le mérite de résoudre définitivement et très simplement le difficile problème de la distinction entre police judiciaire et police administrative. Il aurait pu également, dans une certaine mesure, constituer une alternative à la jurisprudence Giry qui a suscité quelque déformation du droit public par le juge judiciaire²⁰.

2. Mais, d'un autre côté, une proposition aussi hardie supposerait, pour être admise, certaines révisions fondamentales que ni le législateur, ni le juge, ni la doctrine ne semblent être prêts, en l'état actuel des choses, à accepter. Même si le critère répond au « sens profond » du principe de séparation des pouvoirs, comment faire admettre en doctrine que la notion de police administrative puisse couvrir des actes qui, comme les enquêtes de flagrance ou préliminaires, ont bien pour but de préparer la répression pénale, but répressif, ce qui a toujours été considéré, à tort ou à raison, comme antithétique à l'essence même de la notion de police, administrative au moins. Si nous ne voyons pas, nous non plus, d'obstacle théorique dirimant à confier au juge administratif la connaissance des litiges relatifs à l'« action des services judiciaires ou placés sous l'autorité de la justice » dans la mesure où, en fin de compte, ils soulèvent des problèmes de « même nature que ceux posés par le fonctionnement des services publics ordinaires », il faudrait pouvoir démontrer, sur ce plan théorique, que les enquêtes de flagrance ou préliminaires peuvent relever de la notion de *fonction* administrative. En droit positif, il faudrait aussi concilier la compétence administrative pour connaître de ces actes avec le fait qu'ils sont effectués sous « la surveillance » du procureur — autorité judiciaire — et sous « le contrôle de la chambre d'accusation » — juridiction judiciaire — (voir art. 13 du C.P.P.). Avec un tel système, les actes du procureur eux-mêmes pourraient être déférés au juge administratif²¹, dès lors qu'ils peuvent intervenir — comme le réquisitoire introductif d'instance (voir art. 80 C.P.P.) — avant toute décision du juge d'instruction. Enfin, certaines mesures, comme les gardes à vue, seraient assujetties à des régimes très différents selon qu'elles auraient été décidées avant ou après une décision juridictionnelle, ce qui, en soi, ne devrait pourtant rien changer à leur caractère éventuellement illégal, fautif ou dommageable.

Ainsi, malgré tout l'intérêt que présentait le critère à l'époque où il a été formulé, il semblerait aujourd'hui résoudre moins de difficultés théoriques et pratiques que n'en ont résolues la jurisprudence Giry et la « généralisation du critère finaliste ».

Qu'en est-il du « critère différentiel » de M. Moreau ?

²⁰ V. en particulier l'article de M. WEIL dans les *Mélanges EISENMANN* (précité).

²¹ Voir concl. Heumann sur C.E. 8 avril 1963, *Masetti* R.D.P., p. 295.

B. « LE CRITÈRE DIFFÉRENTIEL » DE M. MOREAU

Bien qu'il accepte dans l'ensemble le critère finaliste, le Professeur Moreau a suggéré « un critère accessoire susceptible d'être utilisé avec profit dans les cas douteux et permettant des solutions équitables sans sacrifier les exigences de la cohérence »²². En quoi ce critère est-il « différentiel » (1°) et est-il vraiment équitable et cohérent à la fois ? (2°).

1° Exposé du critère

101. — Ce « critère d'appoint » est « différentiel » en ce qu'il est « fondé sur la qualité de la victime » : « lorsque la victime est une *personne étrangère à l'opération en cause*, autrement dit un "tiers", il faudrait (...) que le juge administratif soit toujours compétent (...) pour indemniser cette "victime intéressante" sur la base du régime de la responsabilité sans faute ». Cela aurait l'avantage, plaide l'auteur qui ne se déclare pas très convaincu de la portée de la jurisprudence *Giry*, de ne plus faire dépendre de façon « illogique » la réparation du préjudice ou la détermination du juge compétent « d'un facteur purement occasionnel : le but de l'opération de police ». Au contraire, « lorsque la victime est une *personne visée par l'opération*, autrement dit un "usager-provocateur" du service, le système de la faute de service devrait s'appliquer tant devant les tribunaux judiciaires²³ que devant les tribunaux administratifs ». Dans ce système, la compétence et le régime juridique de responsabilité dépendraient donc de la qualité de la victime ; et celle-ci, en outre, « éclairerait par ricochet la nature même de l'opération de police » : pour un « délinquant », l'opération appartiendrait à la police judiciaire ; pour un « tiers », l'opération relèverait de la police administrative ; pour un « suspect », « catégorie juridique imprécise, la qualité de la victime confrontée à l'objet de l'opération servirait alors de révélateur ».

2° Appréciation du critère

102. — Le critère proposé par M. Moreau présenterait l'avantage de jouer le triple rôle de distinction des polices, de délimitation des compétences et de détermination du régime de responsabilité applicable.

22 V. article précité p. 83, n° 45 et s. et la note de l'auteur sous C.E. 8 mars 1963, *Masetti*, J.C.P. 1963, II, 13268 ; V. son ouvrage, *L'influence de la qualité et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.B.J. 1957. V. pour une approbation vigoureuse P. LOUIS-LUCAS, *Chronique* précitée au D. 1965, p. 227.

23 Sur le droit appliqué par le juge judiciaire, V. Cass. 2^e Ch. Civ., 24 novembre 1965, *Polès*, Bull. civ. II, n° 925.

Mais on peut se demander s'il ne contourne pas le problème de la distinction des polices tel qu'il se pose en droit positif, pour en soulever un autre tout aussi sérieux : celui qui consiste justement à déterminer la qualité des victimes. On conçoit aisément qu'un « passant blessé fortuitement » soit un tiers par rapport à l'opération. Mais quelle serait la qualité de la victime quand elle était bien la personne dont on voulait, par exemple, vérifier l'identité sans être pour autant l'individu recherché pour avoir commis telle infraction ? Cette personne était bien « visée par l'opération » de vérification d'identité — et, pour cette raison, la compétence devrait être judiciaire —, mais elle est « étrangère » à l'opération de recherche de l'auteur de telle infraction — et, pour cette raison, la compétence devrait être administrative²⁴. Ainsi, quelle opération faudrait-il prendre en considération, l'opération complexe ou globale, ou l'opération particulière²⁵ ? Il n'est d'ailleurs pas certain qu'on puisse en toute hypothèse aisément distinguer ces deux types d'opérations.

Pour savoir si la victime était « délinquante », il faudrait sans doute attendre le jugement pénal définitif. Mais à quelles conditions est-on « suspect », et quid des classements sans suite, des ordonnances de non-lieu pour infraction insuffisamment caractérisée ou encore pour charges insuffisantes contre tel individu, des jugements de relaxe au bénéfice du doute, des délinquants inquiétés à tort pour l'affaire litigieuse mais à juste titre pour une infraction qui ne faisait pas l'objet de l'opération... ? On peut certes prendre acte avec satisfaction de la jurisprudence appliquant le régime de la responsabilité pour risque aux « victimes intéressantes » d'une activité de police dangereuse²⁶, et préconiser l'extension de ce traitement plus favorable à tous ces tiers. Mais, en cette matière de police, on aperçoit immédiatement les risques que comporterait cette discrimination entre les victimes : le « critère accessoire » conduirait sans doute à faire subir aux victimes « non intéressantes » une sorte de

24 L'hypothèse n'est nullement invraisemblable : V. T.G.I. Seine 13 mai 1970, *Guy Vavon*, A.J.D.A. 1970, p. 508, note G. DREYUS : un sieur Guy Vavon avait été interpellé, appréhendé puis gardé à vue en vertu de mandats décernés contre sa personne — mais cela était douteux car l'indication de sa date de naissance était, sur l'un des mandats, assortie d'un point d'interrogation — pour une infraction que son père, Georges Vavon, avait commise : Guy Vavon était bien la personne « visée » par ces opérations particulières de police que constituaient l'interpellation, l'arrestation, la détention ; mais il était étranger à l'opération complexe de police tendant à déferer à la justice l'auteur de l'infraction.

25 Cette difficulté pourrait apparaître dans le cas des barrages routiers à l'occasion desquels la police est bien obligée d'arrêter diverses personnes nullement recherchées (mais qui sont bien « visées » par l'opération particulière consistant à arrêter leur voiture) pour mettre la main sur la personne recherchée.

26 V. les arrêts C.E. 24 juin 1949, *Leconte* (précité) ; C.E. 27 avril 1953, *Nicol*, J.C.P. 1953, I, 1113, *Chron. GAZIER* ; C.E. 27 juillet 1951, *Dame Aubergé et Dumont*, Rec. p. 447, D. 1952, p. 108, concl. *GAZIER*, note *MORANGE* : responsabilité pour risque en cas d'usage d'armes dangereuses ; mais les personnes visées par l'opération doivent démontrer la faute simple.

« sanction accessoire » : à cet égard, la catégorie des « suspects » serait encore plus redoutable qu'« imprécise ».

A supposer, dans tel cas d'espèce, que la distinction des « délinquants » et des personnes qui ne le sont pas soit claire, telle même opération de police pourrait faire l'objet de plusieurs décisions juridictionnelles contraires, en particulier lorsque sa légalité dépend de sa qualification : ainsi, par exemple, dans l'hypothèse d'une saisie de presse sur le fondement de l'article 30 du Code de procédure pénale — « cas douteux » par excellence —, la compétence varierait selon que le demandeur serait l'auteur de l'article — délinquant éventuel — ou la société propriétaire du journal — victime pénale — ; or le juge judiciaire et le juge administratif pourraient porter une appréciation radicalement différente sur la nature de la saisie et sur sa légalité. Par ailleurs, quel serait le juge compétent pour connaître de l'action du directeur de la publication, pénalement responsable du délit et en même temps représentant légal de la victime innocente que serait l'entreprise de presse ? Enfin, la prise en considération de la qualité de la victime — même à titre « d'appoint » (mais dans quels cas exactement ?) introduirait un élément délétère dans la notion de police administrative : on ne pourrait guère, en effet, limiter l'emploi du critère aux « cas douteux » car, s'il devait être accepté comme valable pour ceux-là, pourquoi se priverait-on de ses mérites pour les plus simples ? La notion de police administrative ne répondrait plus alors à aucune cohérence conceptuelle — si tant est qu'elle en ait actuellement — : elle deviendrait une notion contentieuse et aléatoire dont le contenu et les limites ne dépendraient plus de la nature de ses actes ou de sa mission, mais de la personnalité de ses victimes.

Ainsi la valeur du « critère différentiel » achoppe-t-elle essentiellement sur la question même qu'il tendait à éluder : qu'est-ce en fin de compte que la police administrative et comment en identifier la nature par rapport aux autres activités de l'Etat ?

CONCLUSION DU TITRE I

103. — Aucun des critères examinés jusque-là ne permet véritablement de définir la police — ou encore la police administrative — par rapport aux autres activités de l'Etat. Sans doute le critère finaliste approche-t-il mieux que les autres la consistance de la notion de police administrative. Mais il n'est qu'un critère de distinction entre cette police et la police judiciaire : il trace une frontière : il n'apporte guère d'indication sur le contenu de la notion de police administrative parce que le but d'ordre public n'est pas autrement explicite. En revanche, le critère finaliste permet bien davantage d'élaborer une définition du contenu de la police judiciaire qui correspond sensiblement à sa définition légale. Mais celle-ci ne laisse pas apparaître ce qui, dans cette police judiciaire, pourrait être commun à toutes les formes de la police — judiciaire, administrative et législative —, c'est-à-dire l'élément spécifiquement policier de ces activités.

Appliqué à la forme administrative de la police, le critère finaliste ne parvient pas plus à résoudre le problème que nous nous posons dans le premier chapitre de ce titre : la police législative vise sans doute également l'ordre public, tel que celui-ci est généralement compris ; et il n'est pas certain que ce but d'ordre public soit spécifique à toute la police puisque d'autres activités de l'Etat le visent aussi. Dans ces conditions, nous ne pouvons toujours pas définir la nature de la police dans son ensemble ou dans sa seule forme administrative.

Peut-être l'identification de ce qui répond à la notion de police administrative au sein des autres activités administratives nous éclairera-t-elle sur ce point ?

TITRE II

LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE AU SEIN DES ACTIVITÉS ADMINISTRATIVES

Le premier titre de cette première partie a laissé entrevoir qu'aucune des grandes catégories du droit administratif n'était absolument étrangère à la notion de police administrative. Mais, contrairement à ce qui était vrai à la veille de la Révolution encore, plus aucune ne relève directement ou entièrement de cette notion puisque la police administrative n'est désormais que l'une des activités de l'administration parmi d'autres. Cependant, en raison de ces origines historiques, les rapports entre la police et ces autres activités administratives se révèlent nombreux et fort complexes. Faute de pouvoir les envisager toutes, il convient maintenant, afin de délimiter la notion par rapport à ces activités, de la confronter aux principales d'entre elles. Celles-ci forment deux groupes relativement homogènes et compréhensifs au sein desquels la notion mérite tout particulièrement d'être identifiée.

Ces deux groupes constituent le cadre des deux sous-titres de ce titre II :

- Sous-titre I : Police administrative et activités
normatives.
- Sous-titre II : Police administrative et activités
matérielles¹.

¹ Sur la distinction entre activités normatives et activités matérielles, V. Ch. EISENMANN, *Cours de Doctorat*, 1953-1954, p. 125 et s. V. aussi, en matière de police, J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 14.

X

SOUS-TITRE I

POLICE ADMINISTRATIVE ET ACTIVITÉS NORMATIVES

Trois types d'activités normatives entretiennent des rapports privilégiés avec la notion de police administrative ; et ceux-ci ne semblant pas se confondre avec elles, l'examen de ces rapports devrait permettre de dégager le critère de la notion.

Il apparaît tout d'abord essentiel de mettre en présence la notion de police administrative et celle de réglementation puisque leurs liens sont très intimes et que cette dernière se présente comme l'activité normative la plus importante de l'administration. Cependant, cette première étude ne peut que constituer une approche très générale car il existe une multitude de réglementations. Il faudra donc, dans un second chapitre, prolonger cette étude en confrontant la police à deux types de réglementations très spécifiques, la police de la conservation et la gestion du domaine public. Parmi les autres notions se rapportant aux activités normatives, on choisira enfin celle de sanction administrative afin de la distinguer de la police.

Les trois chapitres de ce sous-titre seront donc les suivants :

Chapitre I : Police administrative et réglementation.

Chapitre II : Police administrative, police de la conservation et gestion du domaine public.

Chapitre III : Police administrative et sanction administrative.

CHAPITRE I

POLICE ADMINISTRATIVE ET RÉGLEMENTATION

104. — La confrontation des notions de police administrative et de réglementation soulève deux questions : « La police a[-t-elle] d'autres moyens d'action que le procédé réglementaire » ?¹. Toute réglementation peut-elle être dite de police ?

Nous n'examinerons pas directement ici la première question, mais plus spécialement la seconde.

1. A propos de cette dernière, il apparaît que la doctrine est profondément divisée : certains auteurs assimilent les deux notions, d'autres les distinguent. On ne saurait cependant résumer l'état de la doctrine par cette simplification.

— Au sein du premier groupe, les opinions sont très nuancées : pour Hauriou, les deux notions devraient se réduire l'une à l'autre dès lors que toute activité étatique est explicitement analysée comme une activité de police². En réalité, le doyen de Toulouse estimait que « si l'on veut absolument rapprocher la police du pouvoir réglementaire, alors il faut entendre la police d'une façon très haute et la subdiviser en une police de l'ordre public et une police des services publics »³. Ce semble être là une distinction en

1 M. WALINE, *Traité de droit administratif*, p. 1071, § 638. V. aussi DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. III, éd. 1923, p. 608. Sur la notion de réglementation, V. M. HECQUARD-THÉRON, *Essai sur la notion de réglementation*, L.G.D.J., 287 p. Sur la question de savoir si la police a d'autres moyens d'action que le procédé réglementaire, V. *infra*, II^e Partie, Titre I, Sous-titre II, Chap. III, « Les procédés de la police », n° 403 et s.

2 V. *supra*, Titre I, chapitre I, section II, n° 50 et s. Dans le sens d'une assimilation totale de la police, non à toute activité étatique comme chez Hauriou, mais au pouvoir réglementaire, V. R. CAPITANT : « La mission incombant (...) à l'administration de déterminer les modalités d'exécution des obligations légales (quand le législateur ne l'a pas fait lui-même) correspond à ce que l'on appelle « pouvoir réglementaire » ou encore « pouvoir de police » — en prenant cette dernière expression pour synonyme de la première » (*Encyclopédie Française*, T. X, p. 144, souligné par nous).

3 Note sous C.E. 9 mars 1900, *Boucher d'Argis*, S. 1901, III, p. 1.

effet tellement fondamentale que, malgré l'avis de M. Teitgen — pour qui la réglementation des services publics municipaux constitue l'un des procédés de la police municipale⁴ —, la grande majorité des auteurs renonce à évoquer toute « police des services publics » (sauf à parler de « police intérieure de services publics » lorsque la mesure tend à maintenir un certain ordre au sein de telle institution). Ils préfèrent intégrer cette catégorie de « police des services publics » dans une autre plus large : celle de réglementation du service public. Même pour Ch. Eisenmann, qui conçoit la police de façon très extensive, police et réglementation ne se confondent pas puisque cette dernière notion constitue également un des procédés de la « fonction de prestation »⁵. Pour d'autres auteurs, comme M. Demichel, la réglementation semble entièrement s'absorber dans la police puisque celle-ci est une « forme » de celle-ci⁶.

— Chez les auteurs du second groupe, l'unanimité se fait autour de l'idée qu'il ne faut pas étendre la notion de police jusqu'à la réglementation. Le désaccord qui les divise ne touche donc plus le principe de la distinction, mais son critère : aux yeux de M. Benoît, seules les réglementations émanées des maires, des préfets et éventuellement des ministres peuvent être qualifiées de police⁷; M. Hauriou⁸, M. Waline⁹, J.-C. Douence¹⁰ et M. Dran¹¹, notamment, s'attachent au fait que le règlement de police serait pris sans habilitation législative particulière, contrairement aux règlements d'application des lois; F.P. Benoît, A. de Laubadère¹²,

⁴ *Op. cit.*, p. 143 et s., p. 310 et s., p. 364 et s. — V. aussi PAPANICOLAÏDIS, *op. cit.*, p. 29: « On a (...) presque identifié les notions police et réglementation » (V. *supra* n° 76). M. TEITGEN écrit en particulier: « Dans son sens statique (...) la police est l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires qui définissent et restreignent la liberté de tous pour prévenir les tapages, les accidents et les maladies qui pourraient résulter de leur exercice abusif » ou: « La police est l'ensemble des prescriptions qui ont pour but de maintenir un certain ordre dans la cité », *op. cit.*, p. 6.

⁵ V. *supra*, Titre I, chapitre I, section V, n° 79 et s., en particulier n° 82, note 40.

⁶ *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, L.G.D.J., 1960, Coll. Bib. D. Pub., T. 29, 2 vol., p. 11. La police, pour cet auteur comme pour M. Waline, dispose donc d'autres moyens d'action que la réglementation.

⁷ V. *supra*, Titre I, chapitre I, section IV, notamment n° 72.

⁸ *Principes élémentaires de droit administratif*, 1925, p. 3.

⁹ *Traité de droit administratif*, § 1071, p. 168 et *Précis de droit administratif*, p. 437, § 843: « Tout règlement n'est pas un règlement de police; (...) à côté des règlements de police, il y a des réglementations d'application des lois et des règlements organiques d'un service public ».

¹⁰ *Op. cit.*, p. 341, notam. Cet auteur écrit aussi: « Le pouvoir de police, c'est-à-dire la réglementation des activités privées... » (p. 358); mais il ne réduit pas cependant la police au procédé réglementaire (v. not. p. 341 et s.).

¹¹ *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, L.G.D.J., p. 297.

¹² *Traité de droit administratif*, T. I, p. 563, § 1017. « La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés individuelles ». A. de Laubadère semble donc réduire la police au procédé normatif.

G. Liet-Veaux¹³, J. Rivero¹⁴, G. Vedel¹⁵, M. Waline¹⁶, P. Weil¹⁷ retiennent une définition de la police selon laquelle ses règlements s'adressent aux particuliers; la majorité de ces auteurs ajoute à cet élément le but d'ordre public; mais la définition de cette dernière notion connaît des variations sensibles de l'un à l'autre. Avec beaucoup de circonspection, M. Moreau — qui, on le sait, ne définit la police que comme « modalité spécifique de l'action administrative » — ne retient, comme critère de distinction entre réglementation de police et réglementation en général, que le but d'ordre public, encore qu'il n'assimile pas réglementation de service public et réglementation des activités privées¹⁸. Enfin, M. Rivero estime que « l'existence de la sanction pénale (...) donne au règlement de police son caractère propre »¹⁹.

Ainsi, même si la tendance dominante dénonce la confusion entre police administrative et réglementation, le désaccord de la doctrine se révèle assez grave sur le critère de distinction.

Il nous appartient donc de chercher à le trancher.

2. La difficulté majeure de cette tentative est d'ordre méthodologique : si un intérêt pratique essentiel s'attachait à la distinction entre réglementation et règlement de police, il serait relative-

¹³ Note Rev. adm. 1952, p. 594, n° 28.

¹⁴ *Précis de droit administratif*, p. 384, § 433. « On entend par police administrative l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société ». On remarque que la police semble ici être réduite également au procédé normatif mais que le but d'ordre public n'est pas invoqué, à moins qu'il ne soit inclus implicitement dans l'idée de « discipline » sociale. Plus loin, M. Rivero indique les divers procédés de la police : la réglementation, les décisions particulières, la coercition.

¹⁵ Art. précité, dans E.D.C.E. 1954, p. 41. « Le premier objectif [de l'administration] est le maintien de l'ordre public qui permet aux activités privées de satisfaire un certain nombre de besoins et se déployant dans un milieu pacifique. Les moyens au service de ce but sont les divers procédés de police et notamment sous la forme réglementaire »; la police n'est donc pas réduite au procédé réglementaire. Dans son ouvrage de *Droit administratif*, le doyen Vedel écrit: « Nous appellerons donc police administrative l'ensemble des activités administratives ayant pour objet l'édiction des règles générales et des mesures individuelles nécessaires au maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de la sûreté, de la tranquillité et de la salubrité. Nous appellerons polices administratives spéciales celles qui se différencient de la police administrative générale soit par leur régime particulier, soit parce qu'elles permettent d'intervenir dans des matières autres que la sûreté, la tranquillité et la salubrité » (*op. cit.*, p. 784).

¹⁶ *Traité de droit administratif*, p. 566, et *Précis*, p. 437, § 842: la police, « c'est la limitation, par une autorité publique et dans l'intérêt public, d'une activité des citoyens, cette activité n'en étant pas moins une activité privée seulement réglementée... » « Tout règlement n'est pas un règlement de police (...), à l'inverse toute mesure de police n'est pas nécessairement un règlement » (*ibidem*) (souligné par nous).

¹⁷ *Le droit administratif* (Coll. Que sais-je ?), p. 49. « Le pouvoir de police (...) consiste (...) à limiter la libre action des particuliers par des décisions dont le but est d'assurer l'ordre public ».

¹⁸ J.-Cl. A., Fasc. 200, n. 13 et 85 et art. précité dans A.J.D.A. 1963, p. 69.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 388, § 437.

ment facile de confronter les enseignements de la jurisprudence avec chacun des critères proposés, ainsi que nous l'avons fait pour tracer la limite entre police administrative et police judiciaire. Or, en la matière, la qualification de tel règlement ne semble comporter aucun effet univoque sur le plan du régime juridique applicable : il existe bien des règles applicables à la police, mais les actes de police ne suivent pas toujours toutes les règles dites de police ; et, réciproquement, d'autres actes que ceux de police peuvent se voir régis par des règles qui s'appliquent aussi à la police : les règlements de police, pas plus que la police dans son ensemble, n'apparaissent caractérisables par un régime *uniforme et spécifique*²⁰.

On peut donc se demander si l'absence d'un régime uniforme et spécifique, en même temps qu'elle est la cause de nos difficultés particulières, ne constitue pas aussi la source de toutes les divergences doctrinales sur la notion de règlement de police. La doctrine, par réflexe inconscient, chercherait une notion de régime, là où il ne peut y en avoir ; et, par conséquent, elle ne pourrait parvenir à aucun accord sur les limites exactes de la notion parce qu'aucun critère isolé, tant qu'on cherche à le tirer du régime de ces actes, ne saurait identifier toute la notion et rien que la notion.

C'est sur la base de cette hypothèse que nous devons donc vérifier la valeur de chacun des critères avancés par la doctrine. L'étalon de référence servant à en mesurer l'exactitude ne pourra être constitué, compte tenu de la situation, que par l'ensemble des actes qui, dans l'opinion commune — ou, en tout cas, la moins controversée possible — sont reçus comme des règlements de police²¹, le terme règlement pouvant être pris au sens large²².

La recherche d'un critère de distinction entre les règlements de police et les autres n'aboutissant à aucune solution satisfaisante

(Section I), on devra se contenter d'un objectif moins ambitieux mais plus instructif et, à la lumière de l'évolution de la notion de police, chercher simplement à dégager les lignes de force de celle du règlement de police (Section II).

Section I : L'absence de tout critère cohérent de la notion de règlement de police.

Section II : La détermination des lignes de force de la notion de règlement de police.

20 V. *supra*, chapitre introductif n° 27 et s. Cependant, M. Douence (*op. cit.*, p. 344) estime que « le pouvoir réglementaire de police n'est pas une compétence dont le contenu puisse être déterminé par le seul fait de son caractère réglementaire », ce qui signifie que les particularités du régime des règlements de police doivent provenir de la police elle-même et non de la théorie du pouvoir réglementaire ; il pense aussi qu'« en sens inverse, la théorie du pouvoir de police n'apprend pas grand chose sur le pouvoir réglementaire ». Aux yeux de cet auteur, la particularité du règlement de police concerne essentiellement l'application du principe de légalité et l'aménagement des compétences (voir *op. cit.*, p. 225 et s. et 341 et s.). Pour A. de Laubadère également, « les "actes de police" présentent (...) une certaine spécificité », mais il ne l'estime « pas suffisante pour servir de critère au pouvoir de police administrative » (*Traité*, T. I, § 1018, p. 564).

21 Sur cette méthode, appliquée à une autre question, V. Ch. EISENMANN, *Cours de Doctorat*, 1953-1954, p. 132.

22 Nous devons là aussi tenir compte des habitudes de langage des auteurs dont nous apprécierons le point de vue, le terme de réglementation recouvrant souvent des actes non réglementaires. V. p. ex. M. ROUSSER (*op. cit.*, p. 201 : « La réglementation de police va de l'autorisation à l'interdiction »). Or, l'autorisation, après avoir été instituée par voie générale, fait l'objet d'actes individuels.

SECTION I

L'ABSENCE DE TOUT CRITÈRE COHÉRENT
DE LA NOTION DE RÈGLEMENT DE POLICE

105. — Afin de couper court à toute difficulté, on pourrait tenter de faire la synthèse de l'ensemble des critères proposés par la doctrine, dans la mesure où ils n'apparaissent pas contradictoires : constitueraient alors des règlements de police ceux qui, pris par une autorité de police sans habilitation législative expresse, ont pour objet de limiter, sous sanction pénale, la libre activité des particuliers dans un but d'ordre public.

A cette définition répondrait sans nul doute la majorité des règlements de police, mais la majorité seulement. En outre, cette définition renvoie à d'autres notions qui ne s'identifient apparemment que par rapport à une définition préalable de la police : qu'est-ce qu'une autorité de police sinon celle qui peut édicter des actes de police ? Qu'est-ce que l'ordre public, sinon le but des actes de police ? Ainsi, c'est bien en recourant d'abord à la notion de police administrative que M. Bernard cherche à définir la notion d'ordre public ; mais comme cette dernière notion excède, selon lui, le domaine de la police administrative et englobe notamment l'ordre public procédural¹, s'y référer pour définir la police ne constitue pas une méthode *a priori* très sûre.

La définition proposée ci-dessus s'avère donc d'ores et déjà imparfaite. Certes, nous sommes tout à fait conscient, avec le Doyen Vedel, que « le droit n'est pas une mathématique et que l'imperfection des définitions ne condamne pas sans appel les notions auxquelles il recourt »². Mais, en l'espèce, la définition comporte trop de failles pour prétendre au minimum d'inexactitude tolérable. Par ailleurs, l'imperfection d'une définition n'interdit pas, au contraire, d'essayer de la perfectionner ni de rechercher les raisons d'une éventuelle impossibilité d'amélioration.

Nous voulons donc faire une analyse de la définition de base de la réglementation de police et rejeter tous ses éléments qui ne seraient pas exacts ou qui, sans être inexacts, ne se révéleraient pas utiles ou significatifs. On peut ainsi procéder en examinant d'abord

¹ La notion d'ordre public en droit administratif, L.G.D.J., Coll. Bib. D. Pub., T. 42 (I^{re} partie et II^e partie de l'ouvrage). Selon M. RIVERO, l'ordre public de la police et l'ordre public de l'article 6 du Code civil sont « deux choses sans aucun rapport », *op. cit.*, p. 386, § 435.

² Article précité dans E.D.C.E. 1954, p. 22-23.

les critères formels (§ 1) et, en second lieu, les critères matériels de distinction entre règlement et règlement de police (§ 2).

§ 1. LES CRITÈRES FORMELS

Il existe, pour identifier le règlement de police, trois types de critères formels³ : les premiers sont organiques (A), le second critère se fonde sur la base légale du règlement considéré (B), le troisième sur l'applicabilité d'une sanction pénale en cas de violation de ses dispositions (C).

A. LES CRITÈRES ORGANIQUES

Deux critères organiques sont quelquefois avancés pour caractériser le règlement de police : celui tiré de la qualité de l'auteur de l'acte (1^o) et celui tiré de la qualité du destinataire de l'acte (2^o).

1^o La qualité de l'auteur de l'acte

106. — C'est, on le sait, en raison de la conception qu'il retient de la fonction administrative, que M. Benoît limite la notion de règlement de police aux actes pris par les maires, les préfets et aussi les ministres, bien que ces derniers participent à la « fonction gouvernementale » qu'il oppose à la « fonction administrative »⁴. Mais, quel que soit le cadre théorique général dans lequel la notion de police pourrait s'insérer, le critère tiré de la qualité de l'auteur de l'acte ne caractérise aucunement la notion de règlement de police.

1. Tout d'abord, les autorités de police — c'est-à-dire aux yeux de la doctrine unanime, au moins le maire, le préfet, le Premier ministre, le Président de la République et, dans certaines conditions, les ministres — n'interviennent pas qu'en matière de police. Il n'est nul besoin de le démontrer car personne ne songe plus aujourd'hui à rattacher à cette catégorie la préparation d'un budget, la nomination d'un fonctionnaire, l'élaboration de leur statut, la promulgation d'une loi, etc.⁵...

2. En second lieu, les organes susceptibles d'exercer une police — c'est-à-dire compétents pour exercer un pouvoir réglementaire

³ Il y a sans doute un paradoxe apparent à étudier la notion de règlement — de police ou non — à partir de critères formels. Mais ce n'est pas la notion de règlement en tant que telle que nous étudions ; nous cherchons seulement à délimiter au sein de la notion de règlement — quels que soient les critères de celle-ci — celles de ces normes qui appartiennent à la police de celles qui n'en relèvent pas.

⁴ V. *supra*, Titre I, chapitre I, section IV, n° 72.

⁵ A propos de l'ensemble des attributions des préfets, V. BONNAUD-DELAMARE (*Les attributions juridiques des préfets et des sous-préfets*) qui en dénombreait 2457 en 1951 ; sur ce total très peu sans doute intéressent la police.

dit de police⁶ — sont innombrables. La jurisprudence et la doctrine admettent même que certains établissements publics, administratifs ou non, remplissent des missions de police : par exemple les ports autonomes⁷, l'Office national de la navigation⁸, l'Office national interprofessionnel des céréales⁹, les chambres de commerce¹⁰, le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles¹¹, l'Office national de l'immigration¹², l'ancien Office des changes¹³ et un certain nombre d'autres organismes très divers¹⁴. Edictent

- 6 M. J.M. AUBY explique en effet « que la jurisprudence a estimé que les textes conférant à certaines autorités une "police" leur attribuaient par là une compétence réglementaire dans ce domaine » (*Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français* dans Mél. STASSINOPoulos, L.G.D.J. 1974, p. 12). Dans le même sens, V. DOUENCE, *op. cit.*, p. 343.
- 7 V. C.E. 17 avril 1959, *Abadie*, Rec., p. 239, concl. HENRY : « Considérant que le port autonome de Bordeaux assure l'aménagement, l'entretien et la police des accès et des ouvrages du port... » ; V. aussi l'article 37 du Code des ports maritimes : « les officiers de port (...) veillent à tout ce qui intéresse la police des quais, ports et havres ». Voir C.E. 7 janvier 1976, *Yannakakis*, Rec. p. 1, R.D.P. 1976, p. 1059, note WALINE.
- 8 T.C. 10 février 1949, *Guis*, Rec., p. 590 : l'O.N.N., établissement public industriel et commercial, est compétent pour « prendre et exécuter toutes mesures propres à donner aux bateaux de navigation une utilisation conforme aux exigences de l'intérêt public », mission qualifiée de « police » notamment par M. DUFAY (V. note sous T.C. 24 juin 1968, *Société d'approvisionnement alimentaire c. F.O.R.M.A.*, concl. GECOUT, J.C.P. 1969, II, 15764).
- 9 V. J.L. MARTRES, *op. cit.*, notam. T 4, note de M. DUFAY, précitée ; l'O.N.I.C., établissement public administratif répartit les autorisations d'importation : C.E. 4 décembre 1959, *Groupeement national de fabricants régionaux d'aliments complets*, R.P.D.A. 1960, n° 7 ; C.E. 6 mars 1959, *Etablissements M.A.B.*, A.J.D.A. 1959, II, p. 314, cités par M. DUFAY, qui voit là l'exercice d'une « police économique ».
- 10 M. DOUENCE estime que les chambres de commerce ont « la police intérieure » des bourses de commerce (*op. cit.*, p. 358).
- 11 V. J.L. MARTRES, *op. cit.*, *ibidem*.
- 12 C.E. 22 octobre 1975, *Office national de l'immigration c. sieur Brunel et Fadil*, Rec., p. 520, R.D.P. 1976, p. 392 : refus d'autorisation de venir travailler en France. V. aussi pour l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, C.E. 1^{er} octobre 1975, *Palmowski*, Rec., p. 490.
- 13 V. note de M. WALINE sous l'arrêt C.E. 12 novembre 1954, *dame Calderon*, R.D.P. 1955, p. 393 (Rec., p. 595) : le gouvernement a pu légalement donner à l'Office des changes le pouvoir de fixer les délais et les modalités de la réquisition des avoirs français situés à l'étranger ; les « avis » que publiait cet Office à l'intention des exportateurs et des importateurs constituaient de « véritables règlements de police de la police spéciale des échanges avec l'étranger » (WALINE) ; V. aussi C.E. 28 février 1951, *Société Commentry et autres*, Rec., p. 122 ; — 28 mars 1952, *Société Mac-Kain et Société des établissements Ricalens*, D. 1952, p. 456, note QUERMONNE ; — C.E. Sect. 2 nov. 1956, *Syndicats des importateurs des centres de consommation*, Rec., p. 405 ; A.J.D.A. 1956, p. 442, concl. MOSSER et p. 486 chron. BRAIBANT et FOURNIER.
- 14 Les attributions de l'Office des changes ont été réparties, lors de sa suppression, entre le Ministre des Finances et la Banque de France (V. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public*, préf. B. JEANNEAU, L.G.D.J. Coll. Bib. D. Pub. T. 65, p. 42). A propos du Centre national de la cinématographie et de son directeur, on peut se demander s'ils n'exercent pas une police de l'industrie cinématographique. V. C.E. 13 juin 1952, *Société du Cinéma Marivaux de Bordeaux* (Rec., p. 315) et G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique du droit du cinéma*, L.G.D.J. 1957, T. I, p. 103 et s. V. aussi, à propos du « Conserva-

également des actes de police, réglementaires ou non, le préfet de Paris¹⁵, les sous-préfets¹⁶, les commissaires de police¹⁷, les conseils municipaux¹⁸, les ministres du culte¹⁹, etc. Certaines juridictions

- toire de l'espace littoral », établissement public, la loi n° 75-602 du 10 juillet 1975 (J.O. 11 juillet 1975, p. 7126) qui donne à cet organisme le pouvoir d'intervenir pour l'élaboration de certaines règles d'urbanisme ; la même question peut être formulée à propos de la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels : V. C.E. Sect. 14 avril 1972, *Premier Ministre c. Marion de Proclé*, A.J.D.A. 1973, p. 105, Rec., p. 287 ; sur les pouvoirs du « Délégué à l'espace aérien » chargé de « réglementer l'utilisation de l'espace aérien placé sous juridiction française », V. l'art. 4 du D. n° 68-951 du 31 octobre 1968 portant création de la direction de la circulation aérienne. V. aussi le D. n° 71-1007 du 17 décembre 1971 (J.O. 19 décembre 1971, p. 12413). Pour les gouverneurs des territoires d'outre-mer, V. C.E. 26 novembre 1982, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'Intérieur, chargé des Départements et Territoires d'Outre-Mer, c. Lejeune*, Rec. T. p. 694.
- 15 V. C.E. Sect. 1^{er} octobre 1966, *Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure*, Rec. p. 513 : compétence du Préfet de la Seine pour réglementer la publicité sur le boulevard périphérique à Paris en vertu de la loi du 12 avril 1943. Le Préfet de Paris est également compétent pour délivrer à Paris les permis de construire. V. A. de LAUBADERE, *Droit administratif*, T. II, 6^e éd., § 858, p. 437.
- 16 V. T.A. Caen 30 avril 1963, *Dame Rapinel et autres*, Rec., p. 701.
- 17 A Paris, les commissaires de police sont compétents pour décider des mesures d'urgence à l'égard des aliénés : V. C.E. 18 mars 1970, *Bila*, Rec. p. 195 ; l'incompétence de la juridiction administrative pour apprécier le bien-fondé de ces mesures d'urgence préalables à l'arrêt d'internement (C.E. 4 décembre 1968, *Planchon*, Rec., p. 614) ne signifie pas qu'il s'agit d'un acte de police judiciaire, mais constitue une illustration de la règle selon laquelle le juge judiciaire est gardien de la liberté individuelle (V. *supra*, n° 93). V. J. PRÉVAULT, *L'internement administratif des aliénés*, préf. M^e M. GARÇON, 1955.
- 18 V. l'article 106 du Code de l'administration communale, inséré dans le titre V relatif à la « police » : « Le maire peut, sur l'avis conforme du conseil municipal (...) fixer la date à partir de laquelle la récolte des raisins de table et des vendanges est autorisée sur le territoire de la commune ». Or la jurisprudence considère que l'exigence de l'avis conforme associe l'organe consulté à la compétence de l'organe qui doit solliciter l'avis. En vertu de la loi du 15 février 1902, le conseil municipal était compétent pour délibérer les règlements sanitaires ; la loi du 13 avril 1850 lui confiait également la « police des logements privés insalubres » (V. M. HAURIOT, note sous Cass. crim. 22 juin 1900, S. 1901, I, p. 377 ; l'article 3 du Code de la santé publique ne lui donne plus qu'une compétence consultative. M. DOUENCE (*op. cit.*, p. 347) estime que les articles 68 et 69 de la loi de 1884 confèrent aux conseils municipaux un pouvoir réglementaire de police à l'effet de déterminer le mode de jouissance des communaux et les règles relatives à la vaine pâture. Sur la compétence du conseil municipal en matière de police, V. P. BON, *op. cit.*, p. 19. L'article L. 28 du Code de la santé publique relatif à la destruction des habitations insalubres institue une compétence du préfet liée par l'avis du conseil départemental d'hygiène qui l'oblige à prononcer l'interdiction d'habiter (C.E. 31 janvier 1973, *Touche*, Rec., p. 89).
- 19 V. AUBY et DUCOS-ADER, *Précis de droit administratif*, p. 329, § 239 ; J. ROBERT, *Les libertés publiques*, 1971, p. 343 ; MORGAND, *La loi municipale*, 10^e éd., T. I, p. 813, § 932 ; M. WALINE, note au D. 1931, II, p. 133 ; R. BONNARD, note au S. 1931, III, p. 41 ; HAURIOT, *La jurisprudence administrative*, T. II, p. 649 ; C.E. 16 juin 1909, *Bourges* ; D. 1910, II, p. 36 ; C.E. 24 février 1912, *Abbé Sarralonges*, Rec. p. 250, S. 1915, III, p. 17 ; Cass. crim. 1^{er} décembre 1910 et 12 janvier 1911, S. 1911, I, p. 345, note ROUX ; sur la répartition des pouvoirs entre le maire et le ministre du culte, V. M.A. ROUX, *Des pouvoirs*

aussi participent directement à l'élaboration d'actes de police : par exemple le juge administratif en matière de police des édifices menaçant ruine²⁰. Même des personnes de droit privé peuvent être habilitées à exercer des polices spéciales²¹.

Cette multiplicité d'autorités montre qu'il est vain de se référer à l'auteur de l'acte pour identifier le règlement de police.

La qualité du destinataire de l'acte n'apparaît pas plus significative.

2° La qualité du destinataire de l'acte

107. — Le fait que les règlements de police s'adressent presque toujours à des personnes privées ne justifie pas un tel critère, dès lors qu'il ne se révèle pas constant.

1. En effet, nombreuses sont les règles dites de police qui s'imposent à des services publics²², à leurs agents²³, à leurs

de police du maire en matière de réunions culturelles dans les églises, in Rev. gén. d'Adm., 1922, p. 407.

20 V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, S. 1244 et la bibliographie citée.

21 V. J.P. NÉGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, préf. Ch. DEBBASCH, L.G.D.J. 1971, coll. Bib. D. Pub., T. 102.

22 V. par ex. le décret modifié du 13 août 1954, relatif à la sécurité contre l'incendie dans les établissements recevant du public, régit les bâtiments administratifs : V. C.E. Sect. 25 juin 1971, *Société des Etablissements Marius Séries*, Rec., p. 482 ; A.J.D.A. 1972, p. 97. Ce décret a été remplacé par le décret n° 73-1007 du 31 octobre 1973 ; V. les arrêtés du 14 mai 1975 (J.O. 28 mai 1975, p. 5309) portant application de ce texte à certains bâtiments civils de l'Etat. Les règles de la construction, si elles relèvent encore de la police, sont opposables à toute personne publique (V. A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, T. II, p. 431, § 847). V. aussi art. L. 123-5, al. 3, du Code de l'urbanisme : C.E. 20 mars 1971, *Département de Seine-et-Marne*, Dr. Adm. 1971, n° 125 (à propos d'une gendarmerie) ; C.E. 20 juin 1973, *Commune de Châteauneuf-sur-Loire*, concl. ROUGEVIN-BAYVILLE, A.J.D.A. 1973, p. 547 : selon le Commissaire du Gouvernement, c'est sur la base de « son pouvoir de police générale » que le « gouvernement » a édicté le décret du 30 août 1966 faisant obligation aux collectivités locales de remplacer certains plafonds de bâtiments scolaires compromettant la sécurité des élèves ; ce serait là l'exemple d'un règlement de police ne s'adressant qu'à des personnes publiques. V. aussi C.E. Ass. 28 février 1975, *Herr, Retig et Boss*, R.D.P. 1975, p. 1431, note de SORO ; selon cet auteur, c'est au titre d'une « compétence de police spéciale » — la police de la protection contre les pollutions atmosphériques — que le gouvernement a autorisé l'établissement public E.D.F. à construire une centrale nucléaire à Fessenheim.

23 Le Code de la route, par exemple, est, sauf dérogation expresse, applicable aux véhicules administratifs et à leurs conducteurs. C'est au titre de ses pouvoirs de police que le Ministre des transports peut, selon le Conseil d'Etat, réglementer la grève dans les chemins de fer (C.E. 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, Rec., p. 684 ; A.J.D.A. 1964, p. 718 et 682, chronique PUYBASSER et PUISSOCHET ; R.D.P. 1964, p. 1210, concl. BERTRAND : le commissaire du gouvernement aurait préféré — à juste titre selon nous — un autre fondement à ce pouvoir). De toutes façons, c'est bien en vertu de textes dont la nature policière est incontestable que le délégué général en Algérie tenait le pouvoir de muter certains fonctionnaires : C.E. 21 juin 1961, *Smir* : Rec., p. 421 ; A.J.D.A. 1961, p. 567 ; T.A.

usagers²⁴, ou à toutes les catégories de personnes qui entretiennent quelque rapport avec ces services publics²⁵.

2. Au demeurant, toutes les normes régissant l'activité des personnes privées ne sont pas toujours considérées comme des règlements de police, puisqu'à ce concept on oppose souvent ceux de réglementation professionnelle, économique ou autres.

Oran 18 juillet 1961, *Donain*, A.J.D.A. 1961, p. 706, concl. PETIT-DEMANGE ; C.E. 17 juin 1964, *Délégué général en Algérie c. Yvanes*, Rec., p. 336. V. aussi C.E. Sect. 17 juin 1966, *sieur Malavialle*, R.D.P. 1966, p. 973, 1152, concl. FOURNIER et la note de M. BOURDONCLE au D. 1961, p. 85. — Sur cette question, V. A. HEYMANN, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, préf. J. de Soro, L.G.D.J., coll. Bib. D. Pub., T. 105, notamment p. 110 et s. C'est aussi au titre de son pouvoir de police que le maire peut requérir certains fonctionnaires : C.E. 9 juillet 1965, *Pouzeux*, A.J.D.A. 1966, p. 179 ; D. 1966, p. 720, note J.P. GILLI (V. aussi T.A. Bordeaux 10 avril 1962, même esp.). Les réquisitions émanées du gouvernement sur le fondement des lois du 11 juillet 1938 (Titre II, art. 14) et du 28 février 1950 et de l'ordonnance du 7 janvier 1959 (art. 45) et qui peuvent aussi viser des agents publics, semblent devoir constituer des actes de police, mais leur nature apparaît davantage discutée : V. Cass. crim. 2 février 1956, D. 1956, p. 678, note MAYNIER ; C.E., Sect., 10 novembre 1950, II, 6075, concl. AGID ; C.E. 24 février 1961, *Isnardon*, A.J.D.A. 1961, p. 204. Chron. GALABERT et GENTOT, Dr. social 1961, p. 356, note THEIGEN ; C.E. 26 octobre 1962, *Lemoult*, A.J.D.A. 1962, p. 671. Chronique GENTOT et FOURRE, Dr. social 1963, p. 224, note J. SAVATIER ; C.E. 9 février 1966, *Fédération nationale de l'aviation civile*, D. 1966, p. 720, note J.P. GILLI.

Ce serait également en vertu de son pouvoir de police que le maire pourrait s'opposer aux dénominations des voies publiques délibérées par le conseil municipal au cas où elles contrarieraient l'ordre public ou les bonnes mœurs (V. sur cette question J. SINGER, *op. cit.*, p. 290 ; C.E. 18 juillet 1919, *dame Magnier*, Rec., p. 646 ; — 19 juin 1974, *Brouin*, Rec., p. 346 ; R.D.P. 1975, p. 514).

24 Le doyen VEDEL analyse la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 comme conférant un pouvoir réglementaire de police à l'effet de maintenir l'ordre à l'intérieur des universités (*Droit administratif*, p. 787). Il existe une multitude de textes conférant une police intérieure soit aux organes délibérants de certains organismes, soit au président de certaines assemblées. Sur ce point, V. DOUCE, *op. cit.*, p. 393 et s. ; M.M. AUBY et DRAGO (*Traité*, T. II, 1^{re} éd., p. 275, n° 814) relèvent qu'en vertu de l'article 66, alinéa 2, de l'ordonnance du 31 juillet 1945 les dispositions des articles 88 et s. du Code de procédure civile relatifs à la police des audiences sont applicables aux audiences publiques du Conseil d'Etat : « Ainsi le président de la séance dispose du droit de rappeler les assistants au respect et au silence et pourrait même ordonner l'incarcération des perturbateurs pour 24 heures. Le fait ne s'est jamais produit devant le Conseil d'Etat ». Pour d'autres exemples, v. J. DU BOIS de GAUDUSSON, *L'usage du service public administratif*, préf. J.M. AUBY, L.G.D.J., coll. Bib. D. Pub., T. 115, notamment p. 17.

25 Le préfet de police exerce « la police des établissements hospitaliers de la Seine » : C.E. 22 mars 1963, *Département de la Seine c. Delle Lorée*, Rec., p. 193 : l'interdiction faite à la secrétaire du groupement professionnel des médecins de la maison départementale de Nanterre a été prise par le préfet de police « dans l'exercice de son pouvoir général de police sur les locaux dans lesquels sont installés les services placés sous son autorité » ou plus exactement sur les personnes qui s'y trouvent ; cependant l'acte en question est très semblable à celui pris par le chef de service dans l'espèce *Jamart*, acte qui n'est jamais présenté comme une action prise en vertu d'un pouvoir de police (C.E. 7 février 1936, Rec., p. 172, S. 1937, III, p. 113, note RIVERO, G.A. p. 229). V. aussi la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, art. 22, qui, comme le rappelle une circulaire du Ministre de l'Inté

Ceci atteste l'inutilité de toute considération organique dans une définition du règlement de police.

Néanmoins deux autres critères de type formel sont quelquefois avancés.

B. LE CRITÈRE TIRÉ DE LA BASE LÉGALE DE L'ACTE

108. — 1. Pour M. Teitgen, « le pouvoir réglementaire de police est le pouvoir que possède par nature l'autorité exécutive de prescrire en dehors de toute délégation législative²⁶ les mesures qui sont nécessaires au maintien du bon ordre, de la sécurité et de la salubrité publiques »²⁷. Nous ne nous attachons pas ici à l'élément finaliste de cette définition, mais seulement à son élément formel selon lequel le règlement de police se reconnaîtrait à ce qu'il ne « découle pas de la loi »²⁸. Autrement dit, il y aurait, d'une part, « les règlements d'exécution des lois » et, d'autre part, « les règlements de police », règlements autonomes par rapport à la loi. Le caractère implicite de la base légale²⁹ dans ce second cas et formel ou exprès dans le premier constituerait le principe de la distinction.

Cette caractéristique du règlement de police constitue, comme le dit à juste titre M. Douence, un véritable « scandale doctrinal »³⁰ au regard du principe de légalité. Mais, bien que les doctrines anciennes³¹, classique³² ou contemporaine³³ se soient couramment servi de cette distinction, elles ont toujours fait preuve d'une certaine pudeur à ce propos lorsqu'elles ne parvenaient pas à fournir une explication compatible avec les exigences du principe de légalité.

rieur du 31 janvier 1974 (citée par *Le Monde* du 28 mars 1974, p. 32) a conféré aux directeurs d'établissements hospitaliers « la police intérieure de l'établissement » et leur donne le droit d'autoriser les visiteurs médicaux et les journalistes à exercer leur activité dans cette enceinte.

26 La formule est extraite de l'arrêt *Labonne*; le Conseil d'Etat y ajoute : « et en vertu de ses pouvoirs propres » (C.E. 8 août 1919), *Rec.*, p. 737; G.A. p. 156. V. aussi les conclusions ETTORI sous C.E. 26 avril 1929, *Union des voies ferrées*, R.D.P. 1929, p. 319.

27 *Op. cit.*, p. 2-3.

28 DOUENCE, *op. cit.*, p. 342.

29 Sur les différentes acceptions de cette notion de base légale, V. R. DRAGO, *Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir*, E.D.C.E. 1950, p. 27 et s.

30 *Ibidem*.

31 V. *supra*, Titre I, chapitre I, section I, § 1, n° 46 et 47.

32 HAURIOU développait souvent cette distinction et décrivait le règlement comme un pouvoir « spontané » (voir notes aux S. 1898, III, p. 145, 1899, III, p. 1, 1901, III, p. 1). V. aussi TEITGEN, *op. cit.*, p. 376.

33 V. *supra*, n° 104, notes 9 et s., les références des travaux de MM. WALINE et DRAN; V. aussi NEGRIN, *op. cit.*, p. 97; M. DOUENCE fait de cette distinction la *summa divisio* des divers pouvoirs réglementaires puisqu'il les classifie sur cette base en leur conférant trois objets différents : « l'exécution d'une norme supérieure, le maintien de l'ordre public et l'organisation des services publics » (voir *op. cit.*, p. 133 et 341 et s.).

Pour l'instant, il ne nous appartient pas d'éclaircir ce point³⁴. Il nous suffit de montrer que l'absence de base formelle ne saurait figurer parmi les critères du règlement de police car elle ne lui est pas spécifique.

2. D'une part, en effet, il existe également des règlements autonomes en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics³⁵; et si ce genre de règlement est distinct de ceux de la police, le critère n'a plus de valeur. D'autre part, tous les règlements de police, loin de là, ne sont pas autonomes³⁶.

Cette dernière circonstance montre en outre que ce critère est révélateur de l'idée que l'on se fait généralement de la police : tout se passe comme si les polices spéciales étaient implicitement rejetées de la notion même de police, bien qu'une telle réduction ne soit guère admise explicitement³⁷. Elle confirme, d'une autre façon, la confusion que nous avons déjà observée entre police et police municipale. Mais, depuis que les autorités administratives suprêmes peuvent aussi édicter des règlements autonomes, la confusion s'établit désormais non plus avec la police municipale, mais avec la police générale dans son ensemble (c'est-à-dire, selon le sens actuel de cette locution, la police municipale et la police exercée aujourd'hui sur la base de leurs pouvoirs propres par le Premier ministre et le Chef de l'Etat).

C'est notamment de cette confusion que procède le critère tiré des sanctions pénales applicables.

C. LE CRITÈRE TIRÉ DES SANCTIONS PÉNALES APPLICABLES

109. — On ne semble plus aujourd'hui utiliser couramment un tel critère pour définir le règlement de police par rapport à l'ensemble des autres règlements, bien qu'il serve encore souvent pour distinguer sur un plan particulier l'acte de gestion du domaine public de l'acte de police, question que nous étudierons dans le chapitre suivant.

34 V. *infra*, n° 295 et s., II^e partie, Titre I, sous-titre II, chapitre I, section I.

35 C.E. 19 février 1904, *Chambre syndicale des constructeurs de matériel de chemins de fer et tramways*, *Rec.*, p. 191; D. 1905, III, p. 57; S. 1906, III, p. 75, concl. ROMIEU; C.E. 4 mai 1906, *Babin*, *Rec.*, p. 165.

36 Par exemple, les règlements sanitaires pris sur la base de la loi du 15 février 1902, les réglementations départementales de l'affichage prises sur la base de la loi du 12 avril 1943, etc.

37 V. cependant Cl. LABORDE, *Le préfet, autorité de police administrative générale*, thèse Bordeaux 1963, p. 8 : « La définition de la police générale se confond donc avec celle de police administrative »; l'auteur ajoute toutefois : « Ces deux notions ne diffèrent que par leur contenu, certaines matières ayant été expressément légiférées et de ce fait incluses dans le domaine des polices spéciales ». En se plaçant à un autre point de vue, M. BON manifeste plus nettement encore une certaine réticence à considérer les polices spéciales comme de vraies polices : « Si l'on définit la police de manière finaliste, c'est-à-dire par référence à l'ordre public, [les polices spéciales] ne sont pas des polices au sens strict du terme. Elles ne sont

Cependant, se plaçant d'un point de vue général, certains auteurs, comme M. Blaëvoët³⁸ et le préfet de police Lépine, ont défini le règlement de police par référence aux sanctions pénales. Ce dernier affirmait même : « Un règlement dont l'exécution peut être obtenue sans le secours d'une sanction pénale n'a pas le caractère d'un règlement de police et (...) tous les règlements de police mais eux seuls sont susceptibles d'obtenir la sanction pénale »³⁹.

Une telle formule s'avère absolument irrecevable.

1. On peut rapidement écarter tout d'abord sa première proposition : depuis l'arrêt « Société Immobilière de Saint-Just » et les conclusions de Romieu⁴⁰, une mesure d'exécution d'un règlement de police, même sanctionnable pénalement, peut faire l'objet d'une exécution d'office dès lors qu'il y a urgence⁴¹, par exemple.

2. Il est plus délicat de démontrer que la seconde proposition est mal fondée. Son inexactitude apparaît malgré tout à deux égards : jusqu'en 1958, n'importe quelle norme pouvait être sanctionnée de n'importe quelle peine dès que le législateur le décidait expressément⁴² ; et dans la mesure où, comme l'admet la rédaction

[...] appelées police qu'à raison de leur procédé d'action : la réglementation par voie de décision administrative d'une liberté individuelle » (*op. cit.*, p. 81. V. aussi, p. 60).

38 Voir *op. cit.*, p. 24. A des degrés divers, on trouve ce critère tiré des sanctions pénales chez presque tous les auteurs ayant annoté ou rapporté des décisions juridictionnelles relatives à l'article 471, 15° ancien du Code pénal et R. 26, 15° nouveau du Code pénal. Mais, pour les raisons que nous étudions au texte, il règne ici les plus extrêmes confusions et ambiguïtés. V. rapport Tanon sur Cass. crim. 23 octobre 1886, S. 1886, I, p. 493 ; note MESTRE sous Cass. crim. 23 mai 1901, S. 1902, I, p. 377 ; note BERTHELEMY sous Cass. crim. 31 décembre 1903, D. 1904, I, p. 281 ; note P. DELANNEY sous Cass. crim. 21 décembre 1907, D. 1910, I, p. 169 ; note Roux sous Cass. crim. 5 août, 23 septembre et 28 octobre 1915, 16 mars, 20 avril et 12 mai 1916, S. 1917, I, p. 25 ; note MONTSARRAT sous C.E. 29 juillet 1921, 29 janvier et 3 février 1926 et 12 novembre 1927 (*Syndicat général des transports publics automobiles de France et Société des Plâtriers de Bagnolet*), D. 1928, III, p. 45 ; note HUGENEY sous Cass. crim. 11 janvier 1951, S. 1952, I, p. 81 (V. aussi la note de M. WALINE sous cet arrêt, R.D.P. 1951, p. 497) ; obs. anonyme sous Cass. crim. 27 décembre 1954, D. 1955, III, p. 167. D'une façon générale la doctrine pénaliste retient ce trait comme caractéristique de la police.

39 Rép. BÉQUET, V° Police, cité par BLAËVOËT, *op. cit.*, p. 19

40 T.C. 2 décembre 1902, S. 1904, III, p. 17, concl. Romieu, note HAURIU ; G.A., p. 47.

41 Cette règle ne concerne pas que la police : C.E. 22 novembre 1946, *Mathian*, S. 1947, III, p. 41, note MESTRE ; J.C.P. 1947, II, 3377, concl. Celier. V. aussi en matière de police : T.C. 19 mai 1954, *Office publicitaire de France*, Rec., p. 703 ; J.C.P. 1954, II, 8382, note RIVERO.

42 Depuis 1958, le législateur ne peut plus assortir n'importe quelle norme de n'importe quelle sanction pénale parce qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution le domaine des contraventions lui a été enlevé ; c'est pourquoi les articles 465 et 466 du Code pénal ont laissé aux auteurs des décrets en Conseil d'Etat (mais à condition que ces décrets suivent cette procédure) la liberté de choisir, dans les limites des peines de police, les sanctions pénales applicables en cas d'infraction aux dispositions du décret.

de la formule de Lépine, on doit poser l'hypothèse que tous les règlements ne sont pas des règlements de police, il n'y a aucune raison d'affirmer que le législateur aurait refusé la sanction pénale à un règlement ne se rattachant pas à la police. Au demeurant, des règlements pris en matière fiscale ou de droit de douane — qu'il serait bien difficile aujourd'hui de faire relever de la police — se voient assortis de sanctions pénales⁴³.

3. Inversement, des règlements qui, dans l'opinion commune, appartiennent à la police peuvent n'être pas sanctionnés même par l'article R. 26-15° du Code pénal (ancien article 471-15°)⁴⁴.

On touche là une difficulté majeure du droit de la police car, depuis bien longtemps, on semble avoir toujours confondu à ce propos règlement et police, police et police municipale, légalité de l'acte et applicabilité à cet acte d'une sanction pénale. Avant de tenter de mettre au jour les racines profondes de cette confusion générale, il convient seulement d'en exposer les fruits.

La situation apparemment singulière du règlement de police non sanctionné par l'article R. 26-15° du Code pénal peut se présenter dans plusieurs cas :

— Lorsqu'une autorité administrative édicte sur la base de ses pouvoirs propres un arrêté ou un décret simple n'ayant pas

Sur l'ensemble de la question, V. M. GROUX, Notes et Etudes Documentaires, n° 2959 ; Roujou de BOUBÉE, *Les deux sources du droit pénal d'après la Constitution du 4 octobre 1958*, J.C.P. 1961, I, 1638 ; C.E. 12 février 1960, *Sté Eky*, J.C.P. 1960, II, 11629 bis, note VAILLANT ; D. 1960, III, p. 263, note L'HUILLIER ; S. 1960, III, p. 131, concl. Kahn ; — 3 février 1967, *Confédération générale des vignerons du Midi*, Rec., p. 55 ; A.J.D.A. 1967, 159, concl. Galmot. C.C. 16 janvier 1962, S. 1963, p. 403, note L. HAMON ; — 19 février 1963, J.C.P. 1965, II, 14171, note D.K. ; D. 1964, p. 92, note HAMON ; — 17 mai 1964, 2 juillet 1965 et 27 février 1967 (com. HAMON et COURVOISIER dans R.D.P. 1966, p. 106) et concl. de M. Touffait sur Cass. crim. 26 février 1974, Gaz. Pal. 28 mars 1974, p. 21 et s. ; V. aussi C.E. 3 février 1978, C.F.D.T. et C.G.T., note WALINE, R.D.P. 1979, p. 535. Sur les décisions du Conseil constitutionnel, V. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey 1975, notam. p. 117 et s., 252 et s. et 309 et s.

Sur le problème des sanctions pénales attachées aux dispositions des circulaires, V. S. BRAUDO, *L'autorité des circulaires administratives en droit pénal*, Préf. R. Vouin, 96 p., P.U.F.

43 V. L. TROTABAS et J.M. COTTERET, *Droit fiscal*, Précis Dalloz, 2^e éd., § 34, p. 54 et 358.

44 L'article R. 26-15° dispose : « Seront punis d'amende depuis 3 F jusqu'à 40 F inclusivement : (...) ceux qui auront contrevenu aux décrets et arrêtés légalement pris par l'autorité administrative ou aux arrêtés publiés par l'autorité municipale ». Dans sa rédaction originale (loi du 28 avril 1832), l'article 471-15° du Code pénal disposait : « Seront punis d'amende (...) ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale en vertu des articles 3 et 4 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 et de l'article 46, titre I, de la loi des 19-22 juillet 1791 ». C'est, comme nous le verrons, l'origine de l'article R. 26-15° qui explique que seuls les règlements portant sur un objet de la police municipale soient sanctionnés par cette disposition lorsqu'aucun autre texte n'a prévu une incrimination particulière. (V. *infra*, Section II, § 1, n° 126, note 10).

pour but ou pour objet — la jurisprudence et la doctrine pénaliste ne distinguent pas vraiment les deux concepts — « le maintien de l'ordre, la sûreté et la salubrité publiques »⁴⁵, le juge n'applique pas la sanction pénale⁴⁶. Les partisans du critère des sanctions voient là la preuve du bien-fondé de leur position puisqu'à leur sens, cette mesure, ne visant pas la trilogie municipale, ne peut appartenir à la police. Il faut alors opposer à cette objection qu'elle confond police et police municipale et qu'elle ne défend plus le critère des sanctions applicables mais un critère matériel ou finaliste qu'il conviendra d'apprécier. En tous cas, le critère des sanctions, dans la mesure où il en recouvre en réalité un autre, se révèle être un pseudo-critère. En dehors de ce grief, il faut ajouter qu'il est irrémédiablement inexact car, par exemple, un arrêté municipal interdisant le port de tel costume ecclésiastique — qui ne peut être que de la police — n'a pas été sanctionné par le juge pénal⁴⁷.

— Lorsqu'un règlement ne portant pas non plus sur un « objet de la police municipale » est pris pour l'application d'une loi qui ne prévoyait pas de sanction particulière, le juge ne prononce aucune condamnation. La Cour de cassation a ainsi jugé à propos des mesures prises sur le fondement de l'article 9 de la loi du 9 août 1949 relative à l'état de siège ; et il est bien difficile de nier que des mesures d'éloignement de repris de justice, d'interdiction de

45 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas 1967, p. 160, § 151. On remarque que la formule de ces auteurs est reprise à l'article 97 non du Code de l'administration communale, mais de la loi de 1884. Pour une assimilation des deux notions de but et d'objet, V. BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz 1970, T. I, par. P. BOUZAT, p. 177, § 107.

46 En réalité, la Cour de cassation estime régulière l'application de la sanction de l'article R. 26-15° à des arrêtés excédant quelquefois la trilogie municipale ; parmi une innombrable jurisprudence, on peut citer deux arrêtés de la Chambre criminelle : l'arrêt du 19 avril 1918 (D.P. 1920, I, 63) considère comme légal et obligatoire l'arrêté qui interdit aux hôteliers et logeurs de louer des appartements ou des chambres à des mineurs des deux sexes sans le consentement de leurs parents ; l'arrêt du 5 juillet 1962 (J.C.P. 1962, II, 12902) décide que l'infraction résultant du défaut de carte professionnelle de coiffeur est répréhensible par les dispositions de l'article R. 26-15°. Cette jurisprudence ne peut se comprendre que par une interprétation extensive de la notion de bon ordre (pour une critique très pertinente du premier arrêt cité, V. P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 61 et s.).

47 Cass. crim. 23 mai 1901, *Molin*, S. 1902, I, p. 377, note MESTRE ; ne serait pas non plus sanctionnée l'obligation édictée par le maire de participer aux frais occasionnés par la présence d'un service de sécurité imposé à un entrepreneur de spectacle (Cass. crim. 11 janvier 1951, S. 1952, I, p. 81, note HUGUENEY et R.D.P. 1951, p. 497, note WALINE) même si l'autorité de police peut légalement imposer non seulement ce service d'ordre (même espèce), mais encore obliger à une telle contribution (C.E. 10 août 1918, *Sté Ciné-national*, Rec., p. 853 ; — 28 décembre 1949, *Sté Ciné-Lorraine*, Rec., p. 584) (V. aussi l'article 37 de la loi de finances n° 56-1327 du 29 décembre 1956, Bull. lég. Dalloz 1957, p. 14. *Code administratif* Dalloz, 1975, p. 963 et plus particulièrement pour les spectacles, la loi du 10 septembre 1947 et le décret du 24 mars 1948).

réunions et de publications, d'enlèvement des armes et munitions, etc., soient des actes de police⁴⁸.

— Lorsqu'une autorité de police agissant en vertu de ses pouvoirs propres édicte une obligation intéressant la trilogie municipale, il se peut enfin que le juge ne prononce pas la contravention de l'article R. 26-15°, soit parce que cette autorité administrative intervient dans une matière déjà réglée par une loi qui n'avait prévu aucune sanction⁴⁹, soit parce que le juge pénal estime que la mesure excède les pouvoirs de l'autorité administrative⁵⁰ : la première branche de l'alternative condamne le critère que nous étudions car nous avons là un autre exemple d'un règlement de police non sanctionné même par cet article R. 26-15° ; certes, il est juste que l'administration ne provoque pas elle-même, en prenant un simple arrêté, une incrimination que le législateur n'avait pas voulue ; mais on ne saurait s'appuyer sur le bien-fondé de cette exception à la sanctionnabilité des actes de police pour défendre le critère de la sanction : ce serait confondre une question relative au régime pénal

48 V. Cass. crim. 10 avril 1874, S. 1874, I, p. 329 ; — 20 avril 1916, S. 1917, I, p. 25, note ROUX ; dans cette dernière affaire où il s'agissait d'une fermeture de débit de boissons, la Cour de cassation n'avait statué que sur l'applicabilité de la sanction pénale ; la mesure avait d'ailleurs été déclarée légale par le Conseil d'Etat (C.E. 6 août 1915, *Belmotte et Semmartin*, S. 1916, III, p. 9, note HAURIU). Par contre, si l'acte pris par l'autorité militaire entre dans l'objet de la police municipale, c'est-à-dire au cas où l'autorité militaire est simplement substituée à l'autorité civile, l'article R. 26-15° ou 471-15° est applicable : Cass. crim. 5 août 1916, S. 1917, I, p. 25, note ROUX. Pour d'autres hypothèses, V. 31 décembre 1903, S. 1905, I, p. 425, note ROUX ; 18 juin 1927, S. 1929, I, p. 317 ; 8 décembre 1928, S. 1930, I, p. 198 ; 9 juillet 1931, S. 1932, I, p. 39 ; 27 février 1964, Bull. crim. n° 74.

La solution serait la même depuis 1958 pour un décret en Conseil d'Etat pris dans le domaine de l'article 37 (règlement autonome) dont les auteurs n'auraient pas, comme les articles 465 et 466 du Code pénal leur en laissent la possibilité, prévu d'assortir les dispositions du texte d'une peine contraventionnelle ; selon la doctrine pénaliste, l'article R. 26-15° ne s'appliquerait automatiquement que si l'objet de la mesure rentre dans celui de la police municipale.

49 Cass. crim. 31 décembre 1903, *Knittel*, D. 1904, I, p. 281, note BERTHÉLEMY : le préfet de police pouvait, sans doute sur le fondement de ses pouvoirs propres, imposer aux propriétaires d'immeubles l'obligation de les raccorder au « tout à l'égout » ; mais une loi ayant déjà imposé cette obligation sans la sanctionner, l'ordonnance du préfet ne pouvait ajouter à la loi ; V. aussi, quoique l'hypothèse soit différente, la note de MESTRE sous Crim. 23 mai 1901, précitée.

50 Nous prenons ici l'expression excès de pouvoir au sens large : pour un exemple d'incompétence, V. Cass. crim. 3 juin 1935, S. 1937, I, p. 234, D.H. 1935, p. 428 (arrêt du maire en matière de curage des cours d'eaux non domaniaux) ; pour un vice de forme : Cass. crim. 27 mars 1952, Bull. n° 44 (réglementation de l'activité des taxis) pour une violation de la loi : Cass. crim. 25 octobre 1961 (4 arrêts) et 9 novembre 1961, D. 1962, p. 258, J.C.P. 1962, II, 12500 note A.P. (atteinte à l'égalité en matière de stationnement ; ici discrimination au profit des services publics) ; Cass. crim. 2 février et 9 février 1955, D. 1955, p. 275 et 276 ; — 18 juillet 1957, D. 1958, p. 8 ; C.A. Rennes 18 janvier 1961, D. 1961, p. 500, note LEMARQUE (photographes-filmeurs) ; pour un détournement de pouvoir : Cass. crim. 19 avril 1918, S. 1918, I, p. 65, note ROUX ; — 25 octobre 1961 (4 arrêts), D. 1962, p. 258, J.C.P. 1962, II, 12500, note A.P. précitée.

des actes de police et la question de la qualification d'un acte ; ce serait confondre, si l'on préfère, acte de police sanctionnable et acte de police ; la seconde branche de l'alternative condamne également le critère des sanctions pénales ; mais l'argument que l'on pourrait être tenté d'avancer pour le sauvegarder est encore plus pernicieux car sa portée dépasse le cadre de ce critère : pour justifier ce démenti au critère des sanctions, que l'on n'objecte pas que, dans cette seconde hypothèse, l'acte de police est illégal ; c'est bien entendu l'illégalité de l'acte qui justifie l'absence de contravention ; mais la non-applicabilité de la sanction ne change rien à la nature de l'acte ; elle est une conséquence de l'illégalité, mais certainement pas le critère de la nature de l'acte : un règlement sanitaire ne cesse pas d'être un règlement de police parce que l'avis de tel organisme consultatif n'a pas été sollicité⁵¹ : il cesse seulement d'être un règlement sanitaire légal. La confusion entre légalité et qualification juridique d'un acte, quoique fréquente, est inadmissible puisque très souvent il faut bien qualifier un acte avant de déterminer son régime, c'est-à-dire, notamment, les règles de légalité qui lui sont applicables.

En toute hypothèse, ni le critère des sanctions ni aucun autre critère formel n'est opératoire pour distinguer le règlement de police des autres règlements.

La solution se trouverait-elle dans les critères matériels ?

§ 2. LES CRITÈRES MATÉRIELS

110. — Il pourrait sembler que se référer à l'objet ou au but d'une mesure pour la différencier des autres soit *a priori* indifférent : la salubrité ou l'hygiène publiques par exemple peuvent toutes deux se concevoir comme l'objet ou le but de la police sans que cela, à première vue, ne change rien à la notion.

En réalité, l'objet (A) et le but (B) sont bien deux critères matériels distincts car, selon que l'on utilise l'un ou l'autre critère, les limites de la notion de réglementation de police ne sont pas exactement les mêmes⁵². La nécessité de distinguer ces deux critères

⁵¹ V. par ex. C.E. 28 avril 1950, *Dame Veuve Millou*, Rec., p. 245.

⁵² L'assimilation pratique des deux critères, que l'on remarque quelquefois encore de nos jours, tient au fait que l'on est passé insensiblement de l'un à l'autre au fil des années : Nicolas DELAMARE, on s'en souvient, définissait la police par « ses onze objets » ; (V. *supra*, Introduction de la 1^{re} Partie, n° 39) ; les textes révolutionnaires relatifs à la police municipale procédaient de la même façon (voir loi du 24 août 1790, titre XI, art. 3 et s. : « Les objets confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux sont : ... ») ; le juge judiciaire pendant très longtemps — et même encore de nos jours tant la distinction des moyens propres à déclarer illégale une mesure de police est incertaine dans sa jurisprudence —, reconnaissait l'acte de police à ce qu'il avait été pris « dans le cercle légal des compétences de la police », c'est-à-dire « dans les objets confiés à la vigilance et à l'autorité des administrations municipales ». Telle est la formule, maintes fois reprise depuis lors, des très célèbres arrêts de la Cour de cassation du

l'un de l'autre ne prête guère à contestation lorsque la question de leur distinction est ouvertement posée.

A. LE CRITÈRE DE L'OBJET

En poursuivant l'analyse, on doit différencier deux façons de comprendre le critère de l'objet : la première, analytique, tend à rechercher quels sont les divers objets sur lesquels peut porter un règlement de police (1°) ; la seconde, synthétique, s'efforce de fixer les limites de cette notion par rapport au caractère commun de ces divers objets (2°).

1° La méthode analytique

111. — Compris de façon analytique, le critère de l'objet consiste à dire : tout ce qui touche à l'un des objets énumérés par

3 août 1810 instituant l'exception d'illégalité devant le juge judiciaire (voir « *Questions de droit* », 4^e éd. 1829, V^e Préfet, T. XI, p. 358) qui la reprenait lui-même au texte de la loi de 1790. La rédaction de l'article 97 de la loi municipale mêle déjà l'objet et le but en disposant : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ». A propos de cette disposition, M. THÛREN (op. cit., p. 16) explique qu'il aurait fallu écrire : « a pour but... » et non « a pour objet ». A l'époque où écrit l'auteur, le critère dominant de la police est en effet devenu finaliste ; c'est ce qui explique la rectification qu'il propose ; mais à l'époque où le texte a été rédigé, la formule était exacte en ce sens qu'elle exprimait précisément la transition entre les considérations de l'objet et celle du but. C'est pourquoi la liste qui suit énumère non pas tellement les buts de la police municipale, mais bien plutôt ses différents objets ; cette liste est introduite par la proposition « elle comprend notamment... » : la commodité de la circulation, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine, les rixes, « le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique », les attroupements, les foires, les marchés, le mode de transport des personnes décédées, « les fléaux calamiteux », les incendies, « les animaux malfaisants ou féroces », la fermeture annuelle des boulangeries (loi du 19 juillet 1957), etc. ; la rédaction de l'article 93 résultant de la loi du 18 juin 1966 indique elle aussi l'objet beaucoup plus qu'elle ne précise le but de « la police des routes nationales et départementales et des voies de communication à l'intérieur des agglomérations... ». La doctrine contemporaine assimile encore, au moins formellement, le point de vue des buts et celui des objets : le Professeur WALINE écrit ainsi : « Ordre, sécurité, salubrité et tranquillité publiques, voilà les quatre *objets* que peut exclusivement poursuivre l'autorité de police lorsqu'elle limite la liberté des citoyens (Précis de Droit Administratif, p. 440, § 851). La loi du 7 janvier 1983 article 90, a rajouté au 6^e de l'article 131-2 du Code des communes (art. 97 de la loi de 1884), après l'expression « fléaux calamiteux », les mots suivants : « ainsi que les pollutions de toutes natures », lesquelles constituent donc un autre objet possible de la police municipale, ce qui en réalité n'ajoute rien aux pouvoirs du maire puisque ces pollutions constituent sans nul doute des « fléaux calamiteux », au moins lorsqu'elles sont accidentelles ou brutales, et revêtent une certaine ampleur.

la loi de 1884 relève de la réglementation de police, ce qui n'y touche pas n'en relève pas⁵³.

C'est ainsi que le juge judiciaire a procédé pendant des années — et encore de nos jours dans une certaine mesure.

1. Le critère de l'objet, dans la mesure où il peut encore être invoqué, est doublement condamnable : encore une fois, il confond police et police municipale. Il méconnaît en outre le fait que la liste des objets confiés à l'autorité municipale ne peut pas être limitative parce que toute activité humaine est susceptible de troubler les intérêts dont les autorités de police générales ont la garde. Comme l'ont dit M. Liet-Veaux, M. Benoît et M. Fournier, « tout peut être objet de police »⁵⁴, qu'il s'agisse de la police municipale ou des polices spéciales.

Ainsi, si l'on ne prend pas la précaution de distinguer l'objet du but, il est inexact de dire que l'affichage, par exemple, n'est pas une « matière » de police municipale sous prétexte que la loi du 12 avril 1943 la confiait au préfet : cela est vrai si, en évoquant cet objet, on pense en réalité au but de cette police (l'esthétique) ; mais cela est faux si l'on entend par là interdire au maire de prendre un arrêté relatif à l'affichage sous prétexte que cette matière échappe aux objets de sa police : il pourrait en effet intervenir pour empêcher qu'un dispositif d'affichage ne compromette la sécurité publique dont il a la garde⁵⁵ : comme l'explique M. Moreau, « la police municipale a pour objet de prévenir les troubles indifférenciés [quant à leur origine] à l'ordre public »⁵⁶.

En ce qui concerne les polices spéciales, il suffit que le législateur intervienne pour assujettir à une nouvelle police n'importe quelle activité dont les inconvénients d'ordre social ne pourraient légalement être empêchés par un règlement pris sur la base de la loi de 1884 : même au début du XIX^e siècle, il y avait des polices spéciales dont l'objet n'était pas mentionné dans ceux de la loi de

53 M. BLAEVOET définit ainsi la police par son « domaine d'action » (*op. cit.*, p. 17) et se repère pour cela aux matières énumérées par cette loi.

54 G. LIET-VEAUX : note sous C.E. 17 octobre 1952, *Syndicat climatique de Briangon*, Rev. Adm. 1952, p. 591 ; F.P. BENOÎT : D.A. § 1372 ; J. FOURNIER : concl. sur C.E. 5 janvier 1968, *Chambre syndicale patronale des Enseignants de la conduite des véhicules à moteurs*, R.D.P. 1968, p. 917.

55 T.A. Châlons 23 juin 1960, *Société Affichage Giraudy*, Rec., p. 797. C.E. 21 janvier 1983, *Union des Chambres syndicales françaises d'affichage et de publicité extérieure*, Bull. Droit Adm. 1983, n° 124. La loi du 12 avril 1943 a été abrogée par celle du 29 décembre 1979 (art. 44), qui confère davantage de pouvoirs au maire. V. R. GOY, *Publicité et sécurité routière*, Droit et Ville 1979, n° 7, p. 125.

56 J.-C. A., Fasc. 200, n° 101 ; dans le même sens, V. G. LIET-VEAUX, note précitée ; V. aussi G. VEDEL, article précité in E.D.C.E. 1954, p. 38 : le maire n'est pas obligé d'appliquer « servilement » la lettre de l'article 97 ; il possède une délégation législative lui permettant implicitement de modifier le régime d'une liberté fixée par la loi. L'objection de M. BENOÎT selon lequel le critère finaliste ou matériel devrait en réalité recourir le critère formel tiré de la lettre même de l'article 97 n'apparaît donc pas fondée (V. son ouvrage précité, p. 746, § 1370).

1884 : celle de la chasse par exemple, celle des activités des manufactures, celle des cultes...⁵⁷. Ceci laisse entière la question de savoir si toutes les nouvelles réglementations sont des polices ; mais, en toute hypothèse, ce n'est pas le critère de l'objet qui le déterminera : la police n'a pas d'objet matériel spécifique et ce critère se révèle par trop restrictif.

2. A l'inverse, le critère de l'objet semble comporter un effet extensif : si tout acte réglementaire concernant « les matières »⁵⁸ d'hygiène, de ravitaillement de la population, de débit des denrées, de transport des personnes décédées, de circulation, etc. sont des actes de police, en relèvent aussi tous les règlements créant ou organisant un service de bains et douches⁵⁹, de boucherie municipale⁶⁰, de pompes funèbres⁶¹, de transport⁶², etc. Et si l'on veut éviter l'objection du critère organique (puisque la création d'un service public appartient à la compétence du conseil municipal et non du maire), il suffit de prendre l'exemple de l'arrêté municipal réglementant le fonctionnement du service public de l'enlèvement des ordures ménagères⁶³ ou de l'abattoir municipal⁶⁴, fixant les

57 Respectivement, L. 3 mai 1844 ; Ord. royale du 15 octobre 1810 ; L. 18 Germinal an X. V. aussi, L. 27 Vendémiaire an II sur la police de la navigation ; L. 15 avril 1829 sur la police de la pêche ; L. 2 juillet 1830 sur la protection des animaux ; L. 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, etc.

58 HAURIU utilise souvent ce mot, V. *Droit Administratif et Droit Public Général*, 3^e éd. 1897, p. 53 notam.

59 C'est même par l'idée de police que l'on justifiait la création de tous ces services publics. V. par exemple : C.E. 2 février 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris*, S. 1907, III, p. 1, note HAURIU ; — 19 mai 1933, *Blanc*, S. 1933, III, p. 81, note ALIBERT. Dans des domaines proches de celui-ci, V. aussi, C.E. 12 juillet 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne*, D. 1940, III, p. 1, note JOSSA (laverie municipale) ; — 17 février 1956, *Siméon*, Rec. p. 74 ; — 4 octobre 1957, *Ville de Charleville*, D. 1957, p. 619, concl. JOUVIN (glace alimentaire).

60 C'est pour permettre le respect de ses règlements relatifs à la fidélité du débit que la commune créa à Millau des boucheries municipales, C.E. 23 juin 1933, *Lavabre*, S. 1933, III, p. 81, concl. RIVET, note ALIBERT. C'est pour lutter contre la rarefaction des denrées alimentaires que la ville de Reims prit la même décision, C.E. 24 novembre 1933, *Zénard*, S. 1934, III, p. 105, concl. DETTON, note MESTRE ; V. aussi, C.E. 27 mars 1930, *Connat*, Rec., p. 349 ; — 28 mars 1924, *Genet*, Rec., p. 347. L'idée de police est toujours sous-jacente à la justification de ces services publics, au moins au début du siècle.

61 V. C.E. 4 juin 1954, *Berthod*, Rec., p. 335 (extension du monopole des pompes funèbres). Ici cependant personne ne s'ingère plus, sauf erreur, à invoquer la notion de police.

62 V. au chapitre suivant (n° 161) l'interprétation que l'on a donnée à la jurisprudence *Antibois* (C.E. 29 janvier 1932, G.A. p. 199). V. aussi les observations de M. CHAVANON à propos d'un arrêt relatif à la création d'un service de transports, « accessoire d'un but de police », car il favorise la circulation publique (R.D.P. 1937, p. 150).

63 Quand le maire édicte une mesure relative à l'emplacement, à la forme et aux caractères des boîtes à ordures ménagères, il réglemente la conduite des usagers d'un service public. V. P.H. TEITGEN *op. cit.*, p. 192 ; C.E. 9 décembre 1917, *Bosc*, Rec., p. 702 ; — 7 novembre 1919, *Coussinet*, Rec., p. 796 ; — 10 juin 1921, *Association des propriétaires algériens*, D. 1923, III, p. 21, note RUZE ; — 24 juillet 1933, *Grignon*, Rec. p. 858. V. aussi, SINGER, *Le maire et ses pouvoirs de police*, p. 106, § 66.

conditions de raccordement au réseau d'eau potable⁶⁵, déterminant les modalités de l'affichage publicitaire dans les véhicules de transport en public⁶⁶, etc. Les règlements organiques des services publics — au moins communaux — seraient, comme le pense M. Teitgen, des règlements de police⁶⁷.

Cette conception matérielle de la police permettrait aussi d'étendre cette notion à toutes les mesures touchant un des objets de la police, comme celle réglementant les transports publics ou privés, répartissant les places sur les marchés, organisant l'industrie du taxi, fixant les dates de fermeture des boulangeries afin de concilier les exigences de la législation sur les congés et le ravitaillement de la population⁶⁸, retirant une permission de voirie afin de réorganiser le service de distribution d'eau potable⁶⁹, alors que toutes ces normes ont, comme nous le verrons, une nature on ne peut plus incertaine en l'état actuel de la doctrine.

Les exemples que nous citons peuvent ne pas convaincre car, généralement, ce sont là des services publics municipaux dont les règlements organiques sont encore souvent rattachés au concept de police, au moins municipale. Pour achever de convaincre, il convient donc d'envisager d'autres conséquences du critère de l'objet : dira-

⁶⁴ Les usagers d'un abattoir sont usagers d'un service public ; et cependant les normes qui les régissent sont toujours traitées comme des normes de police malgré la distinction admise entre réglementation de police et réglementation du fonctionnement d'un service public, V. P.H. TEITGEN (*ibidem*) ; C.E. 2 juillet 1897, *Grosson*, Rec., p. 513 ; — 1^{er} juin 1900, *Serpillon*, Rec., p. 376 ; — 5 décembre 1913, *Triste*, Rec., p. 1198 ; — 6 février 1914, *Mimoun Amar*, Rec., p. 151 ; — 6 juin 1928, *Baudin*, S. 1928, III, p. 119 ; — 15 janvier 1932, *Mathieu*, Rec., p. 44 ; — 27 mars 1936, *Association culturelle israélienne de Valenciennes*, Rec., p. 483 ; Cass. crim. 15 décembre 1954, *Meynieux* (cité par G. LIET-VEAUX et A. HOMONT dans *J.-Cl. A.*, Fasc. 126-2, n° 195 motifs) ; C.E. 2 novembre 1956, *Biberon*, Rec., p. 403, concl. MOSSET (cet arrêt est cependant cité quelquefois comme relatif à la gestion du domaine public) ; T.A. Clermont-Ferrand 11 avril 1958, *Chabaud*, A.J.D.A. 1958, II, p. 299 ; Cass. crim. 19 avril 1967, *Vial*, J.C.P. 1967, IV, p. 82 ; C.E. 5 juillet 1965, *Faillite Paret*, Gaz. Pal. 1968, 2, p. 47 ; — 2 mai 1973, *Association culturelle des Israélites nord-africains de Paris*, Rec., p. 313 (décret du Premier ministre).

⁶⁵ C.E. 5 juin 1908, *LOHY*, Rec., p. 609 (cité par P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 192).

⁶⁶ C.E. 2 novembre 1934, *Goslin*, Rec., p. 994 ; — 20 mars 1935, *Bonnet*, Rec., p. 364 ; alors que le maire, sauf considération de sécurité, était normalement incompétent en matière d'affichage (C.E. 29 avril 1938, *de Maigret*, Rec., p. 364 ; — 6 juillet 1888, *Armand*, Rec., p. 602 ; — 2 avril 1886, *Fontenau*, Rec., p. 295).

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 188.

⁶⁸ Sur cette question particulière, V. RAPPELJEAN, *La fermeture obligatoire au public des établissements assujettis au repos hebdomadaire*, Thèse Dijon 1932 (la loi du 19 juillet 1957 modifiant l'article 97 de la loi municipale a un objet cependant plus précis).

⁶⁹ C'est là le critère mis en œuvre par M. KLEIN (*op. cit.*, p. 162) qui voit un acte de police dans la décision dont le Conseil d'Etat avait à connaître à propos de l'arrêt du 30 octobre 1942, *Compagnie générale des eaux* (D.C. 1943, p. 63, note M.M.) ; cette décision de retrait de permission de voirie portait bien sur la matière de salubrité (il s'agissait de la distribution d'eau) mais son but était financier ou patrimonial (sur cette question, V. chapitre suivant notamment n° 164, note 75).

tion que le règlement régissant le fonctionnement de la Météorologie Nationale, dont l'office est notamment de prévoir certains « fléaux calamiteux » comme le faisaient naguère les services communaux d'annonces de crues, constitue, pour cette raison, un règlement de police ? Et dira-t-on de même des textes relatifs à l'Institut national de la consommation qui, à sa façon mais mieux encore que le maire, veille à la « fidélité du débit » ? Qui prétendrait enfin que les textes régissant les Compagnies républicaines de sécurité sont des textes de police sous prétexte qu'ils ont pour objet de fixer leur mission en matière de maintien de l'ordre public ?

Il faut donc laisser là la méthode analytique et chercher si, compris de façon synthétique, le critère de l'objet ne présente pas quelque intérêt.

2° La méthode synthétique

112. — Nous avons remarqué, au seuil de notre étude, que s'estompe l'hétérogénéité des objets de la police comme fonction municipale lorsqu'on observe qu'ils concernaient tous la vie publique communale. De la même façon, certains auteurs contemporains, comprenant qu'il est vain d'énumérer tous les objets de la police, ont constaté que ses interventions touchent toutes les activités intéressant un domaine unique : celui de l'ordre public.

Cette notion n'est pas ici comprise comme le but de la police, mais comme la sphère de compétence à l'intérieur de laquelle s'exerce la réglementation de police et par laquelle on a, en conséquence, cherché à définir la notion de police : de ce que la police s'exerce dans les lieux publics ou à l'encontre des manifestations publiques des activités privées, on a déduit que la notion de police se définissait par référence à l'opposition ordre public - ordre privé.

Cette approche, si elle doit servir à définir la notion de police, est particulièrement spéieuse : elle confond le point de vue du régime et le point de vue de la notion de réglementation de police. Pour le montrer, il faut examiner tour à tour les deux formulations que connaît ce critère : celle se bornant à distinguer selon que la mesure intéresse un lieu public ou un lieu privé (a) ; celle distinguant plus généralement entre ordre public et ordre de la vie privée (b).

a) La distinction lieux publics - lieux privés

113. — 1. Pour stigmatiser son opinion, M. Teitgen cite un auteur dont la réflexion est très représentative de l'idée que l'on se faisait de la police au début du siècle : « Il est impossible, disait cet auteur, de faire rentrer dans la notion de police telle qu'elle est entendue par la jurisprudence, la réglementation d'appareils exclusivement employés par des particuliers dans des lieux privés et qui ne troublent en aucune manière la tranquillité des lieux

publics »⁷⁰. C'est effectivement dans cet esprit qu'étaient conçues à cette époque la notion de police et ses limites : M. Bloëvoët faisait également référence à la distinction lieux publics et lieux privés pour définir la notion⁷¹ ; J. Laferrière a construit toute sa thèse sur cette idée que la propriété était ou devrait être le rempart contre la police⁷².

2. Or, très justement, M. Teitgen fait observer que définir « l'ordre public comme l'ordre des lieux publics » est une « formule simpliste »⁷³. Il retient donc le principe de la distinction, mais, au lieu de restreindre la notion d'ordre public (au sens de sphère de compétence de la police) à celle de lieux publics, il oppose, de façon plus souple, l'ordre public à la notion de « vie privée »⁷⁴.

b) La distinction ordre public - ordre de la vie privée

114. — 1. Aux yeux de M. Teitgen, un fait intéresse l'ordre public « quand en raison de sa nature ou des circonstances de

70 B. AUGER, *Le conflit des radiophonistes et des propriétaires de moteurs électriques* (à propos de l'obligation édictée par certains maires avant la loi du 31 mai 1933, art. 114, d'adapter un dispositif antiparasitaire sur les appareils électriques), *Semaine Juridique* 1931, p. 1081 (cité par P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 58). V. aussi sur la distinction entre trouble à l'ordre public et simple « gêne » causée aux radiophonistes l'arrêt C.E. 9 janvier 1935, *Société des chemins de fer et tramways du Var et du Gard*, *Gaz. Pal.* 1935, I, p. 299.

71 Voir *op. cit.*, p. 24.

72 *Le droit de propriété et le pouvoir de police*, Thèse Paris 1908, M. TEITGEN cite encore un jugement qui présente à ce jour une valeur caricaturale : un commerçant était poursuivi pour avoir exposé dans la vitrine de son magasin, au milieu de divers mannequins, « une personne vivante habillée comme eux au point de donner l'illusion d'être elle-même l'un d'eux » ; bien que ce spectacle étrange, admettait la cour, attirât des rassemblements nombreux qui pourraient « gêner » momentanément la circulation, elle acquitta le contrevenant au motif qu'il avait « le droit incontestable de faire chez lui tout ce qui lui plaît » et qu'en l'espèce cette exposition ne portait pas atteinte « à l'ordre public » (Trib. simple police de Nancy, 26 novembre 1932, cité par P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 48).

73 *Op. cit.*, p. 47. Par ailleurs, la distinction est difficile à appliquer puisqu'une propriété privée peut devenir un lieu public lorsque le public y est admis ; sur la légalité de l'interdiction par le maire de l'accès du public à un château en ruine, situé cependant sur une propriété privée, V. C.E. 18 octobre 1972, *Guiral*, *Rec.*, p. 639, R.D.P. 1973, p. 544 ; V. aussi T.A. Montpellier 11 avril 1980, *Artillan*, *Rec.*, T. p. 816 (la réglementation de police générale émanée du maire et tendant à assurer la tranquillité publique s'applique non seulement aux établissements ouverts au public, mais aussi à ceux qualifiés de « clubs privés ») ; C.E. Sect. 28 novembre 1980, *commune d'Ardres*, *Rec.*, p. 449, A.J.D.A. 1981, p. 95 (légalité de l'interdiction de la baignade dans un lac n'appartenant pas au domaine public, mais ouvert au public) ; C.E. 14 mai 1982, *Association internationale pour la conscience de Krisna*, *Rec.*, p. 179 ; D. 1982, p. 516, note C. DEBOUY et P. BOINOT : « La circonstance que les personnes admises dans les locaux de l'ancien hôtel d'Argenton [à Paris] auraient toutes la qualité de membres de l'association requérante ne faisait pas obstacle à l'exercice, par le préfet de police, des pouvoirs qui lui sont confiés [par les articles R. 123-27 et autres] pour assurer la protection contre les risques d'incendies et de paniques dans les immeubles recevant du public » et pour interdire au public l'accès de ces locaux.

74 *Op. cit.*, p. 53.

temps ou de lieux, il menace le public, défini comme l'ensemble ou comme l'un quelconque de tous ceux qui, n'ayant avec l'auteur du fait dommageable aucun rapport de droit spécial ou préexistant, peuvent cependant être atteints par ses agissements (...) »⁷⁵. « La police n'a pas à se préoccuper, précise-t-il, des faits qui, se produisant à l'intérieur d'un immeuble, gênent ses voisins sans être un danger pour la rue » ; « les relations des différents locataires d'un même immeuble sont elles aussi des relations privées étrangères à l'ordre public »⁷⁶, de même que les relations entre ces locataires et leur propriétaire...

2. Il est certes vrai de dire que le maire ne peut intervenir dans les litiges d'ordre privé⁷⁷. Il est vrai aussi qu'il se heurte au cercle de la vie privée. Mais il s'agit là des limites des pouvoirs des maires et non des limites de la notion de police. M. Teitgen, qui ne confond pas police et police municipale, qui ne confond pas non plus régime et notion de police, en est parfaitement conscient. Ainsi, explique-t-il, la loi du 15 février 1902 instituant une police spéciale sanitaire en matière immobilière permet de régir des situations qui, dans une perspective étroite, ne concerne que des voisins⁷⁸.

Par contre, il ne semble pas voir que même dans le cadre de ses pouvoirs généraux, l'autorité de police peut intervenir dans les relations juridiques ne concernant apparemment que deux cocontractants : si, à la suite d'un litige, le concessionnaire de la distribution des eaux coupe l'alimentation d'un abonné, le maire est en droit, parce que cela intéresse aussi l'ordre public, de prescrire le rétablissement du branchement⁷⁹. Il peut enjoindre la même obligation à un propriétaire qui, en raison d'un litige avec son locataire, avait

75 *Op. cit.*, p. 50.

76 *Op. cit.*, p. 52. V. aussi concl. Laurent sur C.E. 18 février 1955, *Ville de Nanterre et Ville de Cherbourg*, R.D.P.A. 1955, p. 205 et note WALINE sous ces arrêts R.D.P. 1955, p. 979.

77 Parmi une jurisprudence abondante, V. C.E. 21 février 1947, *Rec.*, p. 75, J.C.P. 1947, IV, éd. G, p. 158 ; T.A. Paris 18 février 1957, *Dame Ferrières*, *Rec.*, p. 803 ; C.E. 16 février 1962, *Bertholet*, *Rec.*, p. 102. A propos des rapports entre litiges de droit privé et matières réglées par des dispositions de police compar. : Cass. civ. 2^e, 3 décembre 1964, D.S. 1967, III, p. 321 et C.E. 5 juin 1908 (3 arrêts), S. 1909, III, p. 113, concl. Teissier, note HAURIOU.

78 Si les règles relatives à la construction relèvent de la police comme nous le pensons avec des auteurs considérables (J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 26 ; J.M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *Précis de Droit Administratif*, p. 824, § 512 ; F.P. BENOIT, *op. cit.*, p. 764, § 1411 ; G. LIET-VEAUX, *J.-Cl. A.*, Fasc. 450-1, n° 23 ; J.C. DOUENCE, *op. cit.*, p. 63 ; *Contra*, A. de LAUBADÈRE, *Traité*, T. III, § 720, p. 369), force est de constater qu'elles comportent des dispositions n'intéressant bien souvent — mais toujours, dans cette perspective étroite — que des voisins immédiats (voire les habitants d'un même immeuble) ; d'ailleurs, très fréquemment, ce sont ces voisins qui ont intérêt à dénoncer les violations de ces règles et à actionner l'administration en cas de carence (V. par exemple, C.E. Ass. 20 mars 1974, *Navarra*, *Rec.*, p. 200, concl. Rougevin-Baville). Les pouvoirs accordés par la loi du 15 février 1902 s'immiscent même directement dans l'organisation intérieure de la maison, laquelle devrait n'intéresser — toujours dans cette perspective étroite — que la « vie privée » : hauteur des plafonds, volume d'air respirable, dimension des portes et des fenêtres... « La police des lotissements »

lui aussi coupé la distribution de l'eau⁸⁰. Le préfet peut aussi réglementer très en détail les rapports entre propriétaires et locataires dans les zones de « bidonvilles » à la Réunion, car ces litiges mettent eux aussi en cause l'ordre public⁸¹. Un arrêté municipal a pu également prescrire la fermeture d'un bal à partir de telle heure le soir car, installé dans un immeuble d'habitation insuffisamment insonorisé, il troublait pendant la nuit la « tranquillité des voisins »⁸². De même, c'est au titre de ses obligations de police, et non en tant que propriétaire, qu'une commune peut être responsable de la carence

s'interpose directement entre le lotisseur et les lotis puisque nombre de clauses de leur contrat sont déterminées par un cahier des charges-type dont la nature est réglementaire (V. G. LIET-VEAUX, *La distinction entre clauses contractuelles et dispositions réglementaires des cahiers des charges de lotissement*, note sous C.E. 7 octobre 1964 et 8 juin 1965, J.C.P. 1965, II, 14090. V. aussi, P. RONGÈRE, *Le procédé de l'acte-type*, préf. J. RIVERO, L.G.D.J. 1968, coll. Bib. D. Pub., T. 84, p. 173 ; cependant cet auteur range cette réglementation dans celles ayant un « but d'interventionnisme économique et social »). La « police de la radiodiffusion » impose désormais l'obligation d'adapter un dispositif antiparasitaire sur les appareils électriques, dont on croyait qu'elle était insusceptible de rentrer dans « la notion de police » (V. Y. MENY, J.-Cl. A., Fasc. 273 et J. POULAIN, *La protection des émissions de radiodiffusion*, Thèse Paris, 455 p., dactyl.).

79 C.E. 20 juin 1934, *Société lyonnaise des Eaux*, Rec., p. 703.

80 C.E. sect. 28 avril 1961, *Commune de Cormeille-en-Parisis*, Rec., p. 265, concl. Chardeau, A.J.D.A. 1961, p. 487. V. aussi C.E. 14 novembre 1951, *Blanchisserie et teinturerie de Cambrai*, Rec., p. 530.

81 C.E. sect. 26 avril 1968, *Meret et Rivière*, Rec., p. 264 : ont été jugées légales : la fixation par le préfet d'un prix maximum de location des terrains et abris ; la délivrance au preneur à bail d'un reçu extrait d'un carnet à souches ; la création d'une commission administrative chargée de qualifier des terrains et abris ; l'ouverture d'un cahier de réclamations à la préfecture. N'était cependant pas légale, l'obligation de relogement, mise à la charge des propriétaires, des occupants de bonne foi. C'est donc une véritable réglementation de la location que l'autorité de police a pu édicter sur la base de ses pouvoirs de police générale. Compar. avec C.E. 6 février 1948, *Verlhac*, Rec., p. 63, qui reconnaît aussi l'existence d'une police municipale générale du logement (voir G. LIET-VEAUX, *Rev. Adm. p.* 591 et s., n° 19) mais qui ne semble pas accorder à l'autorité de police locale autant de pouvoirs.

82 C.E. 17 juin 1970, *Combault*, Rec., p. 408. Compar. avec Cass. crim. 22 juin 1900, S. 1901, p. 377, note HAURIOU, espèce dans laquelle la conception de l'ordre privé est singulièrement plus extensive : selon l'illustre annotateur, « Il n'est certes point douteux, en principe, que la police, et notamment la police municipale, ne se meuve que dans le cercle des choses qui intéressent le public (...). Mais la difficulté justement est de déterminer le cercle des choses qui intéressent le public et cela ne peut guère se faire que par la confrontation avec le cercle de la vie privée (...). Dans notre sphère, la distinction du public et du privé s'est faite par l'opposition de ce qui n'intéresse que les locataires d'un immeuble privé avec ce qui intéresse les autres habitants de la commune (...). La vie privée a une double racine, l'une par laquelle elle plonge dans les relations de famille, l'autre par laquelle elle plonge dans la propriété (...). Tant que les conséquences de [certains] faits ne se font sentir que sur des voisins immédiats qui se trouvent plus près de la rue, cela n'intéresse pas le groupe des "autres habitants de la commune" on est dans la matière des relations ou des inconvénients du voisinage qui est une matière privée (...); "les voisins" ce n'est pas la même chose que "les autres habitants de la commune" (...). Cette affirmation, on le voit, est complètement démentie par l'arrêt *Combault* précité.

du maire à faire en sorte que les voisins d'une salle de réunion communale ne souffrent pas des bruits causés par des soirées de jeunes gens tenues dans ce local⁸³.

Il est inutile de multiplier davantage les exemples : ils montrent tous que si la distinction entre ordre public et ordre privé est toujours valable, elle apparaît, sur une longue période, assez instable, contingente et circonstancielle⁸⁴ ; ce qui était hier d'ordre privé est aujourd'hui d'ordre public ; ce qui aujourd'hui est d'ordre privé peut être demain d'ordre public. Selon le point de vue dont on la considère, une question peut même relever à la fois de l'un et de l'autre ordres. La distinction ne présente donc guère les garanties de stabilité, d'intemporalité et de certitude qui doivent caractériser un critère. Surtout, cet ordre public-là, beaucoup trop évanescent, ne caractérise pas la notion de police mais les pouvoirs qui, aujourd'hui et dans telles circonstances, sont ceux de la police et en particulier de la police générale : comme le dit excellemment M. Moreau, l'ordre public est « le critère d'application des compétences de police » et, sous-entendu, de police générale⁸⁵ ; ce ne peut donc être le critère de la notion elle-même.

B. LE CRITÈRE FINALISTE

115. — La grande majorité des auteurs contemporains définit le règlement de police par l'ordre public, compris maintenant en tant que but. Cette notion, on le sait, soulève l'obstacle apparemment insurmontable de sa définition, ce qui obère déjà gravement sa valeur en tant que critère.

Puisque nous n'en connaissons pas encore tous les éléments et toutes les implications, nous ne donnerons pas ici de nouvelle définition de l'ordre public ; nous nous bornerons à apprécier la valeur de ce critère à la lumière des définitions qu'en donnent ces auteurs.

Le concept se caractérise par une variabilité et une malléabilité extrêmes : pour M. Bédier, par exemple, l'ordre public, « c'est essentiellement l'ordre dans la rue »⁸⁶ ; pour Hauriou, c'est « l'absence de désordre »⁸⁷ ; « somme toute assurer l'ordre public, écrivait L. Rolland, c'est assurer la tranquillité, la sécurité, la salubrité publiques. L'ordre public c'est tout cela, ce n'est rien que cela »⁸⁸, expliquait-il comme M. Waline ou le Doyen Vedel qui nuan-

83 C.E. 27 novembre 1974, *Commune de Villenave d'Ornon c. Bayens*, Rec., p. 586, D.S. 1976, J, p. 100, note M. BELANGER.

84 Sur cette évolution, V. P. BERNARD, *La notion d'ordre public*, op. cit., p. 51 et s.

85 J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 79, souligné par nous.

86 Op. cit., p. 7.

87 *Précis de Droit Administratif*, 11^e éd., p. 445.

88 *Précis de Droit Administratif*, 1959, p. 399.

cent cependant ce point de vue⁸⁹. Aux yeux de M. Burdeau, « la règle d'or en matière de police est le but. Ce qui caractérise en effet la police, poursuit-il, c'est moins son objet, c'est-à-dire les activités qu'elle vise, que son résultat : le maintien du bon ordre au sens le plus large du mot »⁹⁰. De façon plus extensive, M. Bernard définit l'ordre public comme « le minimum de règles incompressibles qu'il faut conserver à tout prix sous peine de voir la société se désagréger »⁹¹; dans le même sens, mais peut-être plus largement encore, M. Blaëvoët écrit : « pour son existence et pour son développement, la société a besoin d'utiliser toutes les forces sociales, par suite, de jouir d'un état de choses qui permette aux activités utiles de s'exercer harmonieusement. Cet état de choses est ce que nous appellerons l'ordre public »⁹²; dans un autre ordre d'idée, R. Capitant estimait qu'« assurer l'exécution des lois » et « assurer l'ordre public » sont deux expressions synonymes »⁹³.

Il existe encore bien d'autres définitions de l'ordre public⁹⁴; mais tout se résume à constater que ce concept revêt deux formes fondamentales : l'une plus ou moins étroite, l'autre plus ou moins large. Or, quelle que soit celle que l'on adopte, l'ordre public ne peut pas caractériser la réglementation de police : en effet, ou bien la définition de l'ordre public est étroite, mais il ne peut alors

⁸⁹ Le doyen VEDEL assimile l'ordre public à la sûreté, la tranquillité et la salubrité, mais il ne réduit pas toute la police à la trilogie municipale; pour lui, celle-ci caractérise la police générale, les polices spéciales se caractérisant par leur régime particulier ou par le fait qu'elles interviennent dans d'autres « matières » que la sûreté, la tranquillité et la salubrité (*op. cit.*, p. 784). M. WALINE, malgré la rigidité de sa formule que nous avons reproduite ci-dessus, note 52, admet que la notion est « extrêmement vague et large » et comprend également le « maintien d'un certain ordre moral » (*Précis de droit administratif*, § 851, p. 440). A. de LAUBADERE inclut également la moralité et l'esthétique dans la définition de base de l'ordre public (*Traité*, T. I, § 1018, p. 564). M. RIVERO limite la notion à la trilogie municipale, mais note « une certaine tendance extensive (...) dans la jurisprudence » (*Précis de Droit Administratif*, p. 386 et s., § 435).

⁹⁰ *Libertés publiques*, p. 32. Mais M. TEITGEN a une conception beaucoup plus étroite du bon ordre, *V. op. cit.*, p. 27. Selon nous, l'auteur, ce faisant, exprime d'ailleurs exactement l'enseignement de la jurisprudence en ce qui concerne la notion de bon ordre; pour cet auteur, « l'ordre public quant à lui est l'état de paix intérieure de l'agglomération municipale résultant de sa protection contre les différents dommages qui pourraient atteindre la collectivité de ses habitants, ou, si l'on préfère, l'état de paix de l'agglomération, réalisé principalement par une équitable détermination des libertés individuelles et collectives qui permet leur exercice harmonieux au sein du groupe et sans que celui-ci en pâtisse et assure en même temps l'ambiance nécessaire au bon fonctionnement des services publics et à l'exercice normal de l'autorité » (*op. cit.*, p. 24).

⁹¹ *Op. cit.*, p. 227.

⁹² *Op. cit.*, p. 12.

⁹³ *Les formes générales des institutions politiques*, dans *Encyclopédie Française*, T. X, p. 143.

⁹⁴ V. l'ouvrage de M. BERNARD, V. aussi le Cours de M. COSTA à l'I.E.P., *Liberté, ordre public et justice en France*, Les Cours de Droit, 1965; et du même auteur, *Pour une définition synthétique de l'ordre public*, article paru dans la Revue Gendarmerie Nationale, 1965, n° 64, p. 13 et s. M. CLAPS-LIENHART, *L'ordre public*, Thèse Lyon 1934, 250 p.

servir de critère à la police car celle-ci l'exécute (1°); ou bien elle est large, mais en ce cas la police ne se différencie plus des autres réglementations car l'ordre public tend, dans ces conditions, à se confondre avec l'intérêt général (2°).

1° L'ordre public au sens strict

116. — L'ordre public au sens strict doit comprendre au minimum la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques, bien que dans certains emplois, comme en matière de sursis à exécution, il puisse ne même pas comprendre la sécurité publique⁹⁵. Il ne faut pas non plus s'inquiéter — sur le plan qui nous concerne — de la circonstance que les définitions tirées de l'article 97 (al. 1) de la loi du 5 avril 1884 et du même article 97 (al. 1) du Code de l'Administration communale (ou de l'article L. 131-2 (al. 1) du Code des communes) ne correspondent pas exactement entre elles : la loi dispose : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques... »; le code reprend la même proposition en y ajoutant un élément : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique... »; l'absence de l'élément « tranquillité publique » ne doit pas surprendre non plus : ainsi que d'autres, il figure dans la suite de l'article 97, au paragraphe 2 (article L. 131-2 du Code des communes).

Comme l'explique M. Moreau, ces différences de rédaction et « les prises de position plus ou moins nuancées » qu'elles suscitent « ne doivent pas égarer l'interprète. La police municipale a pour objet de prévenir les troubles indifférenciés à l'ordre public. Toute addition à ce principe est indicative. On sait que l'énumération ultérieure de l'article 97 n'est pas limitative, il en va de même pour la formule initiale »⁹⁶.

Encore que ce soit, à notre sens, beaucoup plus la liste des objets que celle des buts de la police municipale qui n'est pas limitative, il ressort clairement de cette réflexion que l'ordre public,

⁹⁵ V. concl. de M. Rougevin-Baville sur C.E. sect. 23 janvier 1976, *Dame Le Muzic*, Rec., p. 55. V. les notes de M. DRAGO sous C.E. Ass. 23 juillet 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, R.D.P. 1975, p. 278 et s. et sous C.E. Ass. 13 février 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, R.D.P. 1976, p. 903 et s. et note Ch. PHILIP sous T.A. Paris 22 novembre 1972, *Kamitatu-Masamba*, A.J.D.A. 1973, p. 605.

V. par exemple T.A. Amiens 17 décembre 1974, *Desmettre* Rec., p. 779 : la suspension de la validité d'un permis de conduire quoiqu'il concernait de façon évidente la sécurité publique « n'intéresse pas l'ordre public au sens de la disposition de l'article R. 96 du Code des tribunaux administratifs » ou C.E. 19 mars 1975, *Comité de défense des riverains de la Communauté urbaine de Lyon*, Rec., p. 206; R.D.P. 1975, p. 1447 (réglementation de la circulation) ou C.E. 23 janvier 1976, *Dame Le Muzic* (fermeture de débits de boissons). V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, S. 765 et s. L'article R. 96 du Code a depuis lors été modifié, V. D. n° 83.39 du 27 janvier 1983.

⁹⁶ *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 101.

s'il devait être assimilé à la trilogie traditionnelle, ne pourrait constituer le critère de la police.

En effet, la police vise d'autres éléments que cette trilogie (a) et elle n'est pas la seule à la viser (b).

a) La police vise d'autres buts que l'ordre public au sens strict

117. — 1. Ce n'est pas le lieu de discuter ici de la légitimité pour la police de viser la moralité publique⁹⁷; il nous suffit de constater qu'elle peut légalement, en droit positif, se donner de tels objectifs⁹⁸. On sait bien qu'il est possible, à raison de l'interdépendance des buts et des désordres, d'expliquer la légalité des interdictions municipales de films cinématographiques par la menace des troubles à l'ordre matériel que leur projection pourrait susciter; mais la jurisprudence n'a pas toujours, loin de là, subordonné à

une telle condition la légalité des arrêtés d'interdiction⁹⁹. En tout état de cause, l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique, qui règle assez peu précisément le pouvoir du ministre¹⁰⁰, n'institue aucune limitation de cette sorte au pouvoir de censure.

D'ailleurs, l'exemple de la police du cinéma n'est pas isolé : celle des débits de boissons¹⁰¹, des jeux¹⁰², de la presse¹⁰³ en constituent d'autres¹⁰⁴. Sous couvert de « bon ordre », de « décence », voire d'« hygiène morale »¹⁰⁵, il arrive que la police municipale elle-même vise bien en réalité la moralité publique; les exemples sont encore assez nombreux et le juge invoque quelquefois directement la moralité comme but légal de la police générale¹⁰⁶.

⁹⁹ V. surtout C.E. 9 mars 1962, *Sté nouvelle des Ets Gaumont*, Rec., p. 162; A.J.D.A. 1962, p. 370, concl. Gand.

¹⁰⁰ Voir C.E. Ass. 24 janvier 1975, précité.

¹⁰¹ C.E. 19 mai 1905, *Juvenon*, Rev. gén. Adm. 1906, T. I, p. 292; Cass. crim. 14 mars 1914, *Beyssac et autres*, Rev. gén. Adm. 1914, T. II, p. 203; légalité de l'interdiction faite par des maires aux tenanciers de débits de boissons de placer « dans la devanture de leurs établissements des rideaux ou des carreaux opaques et en général tous autres moyens pouvant cacher ou rendre obscur l'intérieur des débits » (MORGAND, *op. cit.*, p. 810, § 928). V. la loi du 1^{er} octobre 1917, art. 10, qui parle même de « morale publique » et non de moralité, et l'article 62 du Code des débits de boissons; parmi une nombreuse jurisprudence, V. les arrêts C.E. 4 janvier 1974, *Ministre de l'Intérieur c. dame Beysson* (Rec., p. 8) et 18 juin 1975, *Dame Canu* (Dr. Adm. 1975, n° 289) qui se réfèrent expressément à la moralité publique. Sur l'ensemble de la question, V. Ch. GABOLDE, *Les débits de boissons*, J.-Cl. A., Fasc. 262.

¹⁰² V. MORGAND, *op. cit.*, p. 816, § 935, à propos des casinos; J.M. MARCHAND, *Police des spectacles et des jeux*, J.-Cl. A., Fasc. 255 et X... *Le régime juridique des loteries*, Rev. Fin. Comm. 1975, p. 107; note WALINE sous C.E. 6 mars 1970, *Ministre de l'Intérieur c. Sideyn et Dessoneville*, R.D.P. 1970, p. 1044; note PEISER à l'A.J.D.A. 1970, p. 564; note DUTHEIL de la ROCHÈRE au D. 1970, p. 650; note X... au J.C.P. 1970, II, 1622.

¹⁰³ V. H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité du droit de la presse*, L.I.T.E.C. 1969; O. BERTRAND (née FLORY), *La protection de la jeunesse contre la presse*, Thèse Strasbourg 1963 (241 p. dactyl.); J.-Cl. SÉJHÉ, *La protection de la moralité dans le régime de la presse*: J.C.P. 1960, I, 1849; C.E. 3 janvier 1958, *Sté Ed. du Fleuve Noir*, Rec., p. 5; D. 1958, p. 570, note ROUYER-HAMERAY; — 8 novembre 1961, *Sté Olympia Press*, Rec., p. 624, concl. Braibant; — 4 février 1970, *Sté Daily Girl Press*, R.D.P. 1970, p. 1460.

¹⁰⁴ Pour d'autres exemples, V. J.P. TAUGOURDEAU, *La moralité publique et la police administrative*, Thèse Poitiers 1964; B. CHÉRON, *Le juge administratif gardien de la moralité des administrés*, Thèse Poitiers 1968; P. ROLLAND, *La liberté morale et l'ordre public*, Thèse Paris 1976, 2 vol.

¹⁰⁵ C.E. 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif chalonais*, Rec., p. 863 (à propos d'un match de boxe), concl. contraires Cahen-Salvador, R.D.P. 1924, III, p. 58.

¹⁰⁶ C.E. 19 mai 1905, *dame Juvenon*, Rec., p. 448; — 11 avril 1913, *dame Laugier*, Rec., p. 386. — Un maire a pu ainsi prescrire le port d'un peignoir en dehors des lieux de bains (C.E. 30 mai 1930, *Beaugé*, D.H. 1930, p. 417; Rec., p. 582); un autre interdire un combat de boxe (C.E. 7 novembre 1924, *Club sportif indépendant chalonais*, Rec., p. 851; D.P. 1924, III, p. 58, concl. Cahen-Salvador), ou interdire aux femmes de s'habiller en hommes (Cass. crim. 17 juillet 1941, *dame Devouard*: D.C. 1942, p. 12) mais ces espèces bien connues ne seraient sans doute pas jugées de la même façon de nos jours, compte tenu de l'évolution des mœurs (V. cependant Cass. crim. 21 octobre 1965, Bull. crim. n° 207, p. 465 et J.C.P. 1965, IV, 145, qui adopte une solution similaire à l'arrêt *Beaugé* précité). Cependant, il semble

⁹⁷ Sur la notion de moralité, V. P.H. TEITGEN qui la distingue nettement de la morale: « Elle est l'absence de scandales publics ou plus exactement l'absence d'atteintes publiques au minimum d'idées morales naturellement admises, à une époque donnée par la moyenne des individus et qu'elle tient à voir respecter » (*op. cit.*, p. 34-35); sur la discussion de la légitimité d'un tel but, V. MAYRAS, concl. sur C.E. Ass. 18 décembre 1959, *Sté des Films Lutetia*, S. 1960, p. 99, et WEIL, notes sous le même arrêt, D. 1960, p. 171 et sous T.A. Nice 11 juillet 1955, *Sté Union générale cinématographique et autres*, D. 1956, III, p. 13, qui sont très opposés à l'inclusion de la moralité parmi les buts de la police municipale; V. au contraire P. MIMIN, *Films interdits*, D. 1956, Chron. XIX et *L'ordre moral au cinéma*, S. 1960, Chron. p. 67, dont l'avis est très favorable à cette mesure même locale; l'auteur semble d'ailleurs assimiler morale et moralité publique. V. aussi Ch. BLAEVOET, *Pouvoirs et obligation du maire pour les projections cinématographiques*, Vie communale et départementale 1963, p. 229; A. DEMICHEL, *Les pouvoirs du maire en matière de police du cinéma*, Annales de l'Université de Lyon, Fasc. XX, 1960; J. GERVAIS, *Censure nationale et police municipale*, R.A. 1961, p. 39; P. HOURTICO, *Maires et cinéma*, Départements et communes 1961, p. 51; Y. LAUMET, *La censure cinématographique*, Thèse Paris 1960, 399 p. (dactyl.); O. FAINCHAUX, *Cinéma et police municipale d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs*, Thèse Lyon 1960, 246 p. (dactyl.). — D'un point de vue étranger à la police du cinéma et beaucoup plus général, V. aussi R.E. CHARLIER, *Les fins du droit public moderne*, R.D.P. 1947, p. 120 et s. et infra note 104.

⁹⁸ Parmi une abondante jurisprudence, on peut citer, outre l'arrêt *Lutetia* (précité): C.E. 23 décembre 1960, *Sté Union générale cinématographique*, R.D.P. 1961, p. 140, note WALINE; — 9 mars 1962, A.J.D.A. 1962, p. 370, concl. Gand; — 4 mai 1962, J.C.P. 1962, II, 12769, note MIMIN; — 19 avril 1963 (11 arrêts d'assemblée), R.D.P. 1963, p. 826 et s.; J.C.P. 1963, II, 13237, note P. MIMIN; D. 1964, III, p. 122, note Ch. BLAEVOET; A.J.D.A. 1963, p. 374, note A. de LAUBADÈRE; — 6 novembre 1963, D. 1963, p. 533, note A. DEMICHEL; — 8 janvier 1964 (5 arrêts), R.D.P. 1964, p. 855 et s.; — 23 février 1966, *Sté Franco-London Films et Sté Les films Gibié*, J.C.P. 1966, II, 14608, concl. Rigaud; — 25 mai 1966, *Sté Les Films Marceau*, A.J.D.A. 1966, p. 255, concl. Rigaud, C.E. Ass. 24 janvier 1975, *Ministre de l'Information c. Sté Rome-Paris Films*, Rec., p. 57; R.D.P. 1975, p. 286, concl. Rougevin-Baville; Gaz. Pal. 45 juin 1975, note J. MOURGEON, *Autour d'un récent arrêt du Conseil d'Etat: vers une liberté publique de l'expression cinématographique?* (V. aussi du même auteur: *De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques*, D.S. 1974, Chron. p. 247); sous le même arrêt, V. M. BAZEX, note J.C.P. 1976, II, 18395; FRANC et BOYON, A.J.D.A. 1976, p. 131 (V. aussi G. MARCOU, *La liberté du cinéma*: D.S. 1976, Chron. p. 159).

118. — 2. La présence de l'esthétique parmi les buts de la police municipale est, quant à elle, plus douteuse¹⁰⁷. Certains arrêts ont bien reconnu aux autorités locales de police le pouvoir de viser un tel but ; mais ils sont rares et assez anciens¹⁰⁸. En outre, depuis les années 1930, les arrêtés municipaux pris sur la base de pouvoirs propres et se préoccupant d'esthétique sur le domaine public sont, le cas échéant, rattachés par la doctrine dominante à la catégorie « gestion du domaine public »¹⁰⁹. Au contraire, des arrêtés récents ont même interdit aux autorités locales de police générale de viser un tel but¹¹⁰. A notre avis, la raison de cette rétraction jurispru-

que les autorités de police générale pourraient encore aujourd'hui interdire légalement l'exposition au public de certaines revues (C.E. 29 janvier 1937, *Sté publications Zed*, Rec., p. 131 ; D.P. 1938, III, p. 8 ; S. 1937, III, p. 68 ; Gaz. Pal. 1937, I, somm. p. 55 ; Cass. crim. 3 avril 1936, *Delaporte*, D.H. 1937, p. 270), au cas où les conditions du concours de polices seraient ouvertes ; elles pourraient également ordonner la fermeture d'une maison meublée servant de lieu de débauche (C.E. 30 septembre 1960, *Jauffret*, Rec. p. 504 ; R.D.P. 1961, p. 828, note WALINE ; — 7 juin 1957, *Préfet de la Gironde*, A.J.D.A. 1957, p. 365, concl. Guldner ; — 28 juillet 1905 (aff. des chalets de nécessité) cité par MORGAND, *op. cit.*, p. 821, § 941), refuser son autorisation à un spectacle forain « dans l'intérêt du bon ordre, de la moralité et de la santé publique » (C.E. 13 février 1953, *Hubert de Ternay*, D. 1953, p. 753, note MORANGE).

Malgré ces quelques incertitudes, qui ne sont pleinement levées qu'en matière de cinéma et de lieux de débauche — ce qui suffit —, il reste que le maire peut, aux termes de la loi municipale, veiller au respect de « la décence » dans les cimetières (art. 97, § 4. V. M. MELIN, *La police des cimetières*, Thèse Paris 1969 (393 p. multigr.) et J. GEORGEL, *Notre dépouille mortel. Les cimetières, étude de jurisprudence*, A.J.D.A. 1963, p. 607) et « prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les aliénés dont l'état pourrait compromettre la morale publique » (art. 97, § 7). Pour d'autres exemples, V. P. BON, *op. cit.*, p. 177 et s. ; pour cet auteur, l'ordre public municipal a toujours compris la morale publique, ce qui semble exact (V. *supra* n° 48, note 54).

107 C'est l'opinion de M. BON, *op. cit.*, p. 163 et s. M. BERNARD, qui critique ce dernier auteur, estime que l'esthétique fait partie de l'ordre public (*op. cit.*, p. 29). En réalité, les deux auteurs n'ont aucune raison de s'opposer sur ce point : le premier parle de l'ordre public municipal tandis que le second parle de l'ordre public en général. V. aussi J. MORANGE, *Publicité et esthétique*, Droit et Ville, n° 7, 1979, p. 101 et s. et Y. RODRIGUEZ, *La protection administrative de l'esthétique*, Droit et Ville, n° 14, 1982.

108 V. l'article de P. DUEZ, *Police et esthétique de la rue*, D. 1927, p. 17. L'auteur cite un arrêt *Leroux* (C.E. 2 août 1924, Rec., p. 780) pour se faire le défenseur de l'esthétique comme élément de l'ordre public municipal : dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a reconnu au maire le droit de prendre, dans un but « d'embellissement », une réglementation des plantations et de l'élague des arbres situés sur les propriétés privées riveraines de la voie publique. V. aussi C.E. 23 octobre 1936, *Union parisienne des syndicats de l'imprimerie*, Rec., p. 906 ; D.H. 1937, p. 6 ; J.C.P. 12 mars 1937, p. 139 (acte du préfet de police pris en vertu de ses pouvoirs propres) ; V. également l'arrêt d'assemblée du 3 juin 1938, *Sté des usines Renault*, Rec., p. 531 ; C.E. 17 juin 1938, *Isaac*, Rec., p. 547. M. LETOURNEUR, dans ses conclusions sur l'arrêt C.E. 23 novembre 1951, *Sté nouvelle d'imprimerie* (R.D.P. 1951, p. 1098), estimait à l'époque que cette jurisprudence devait être toujours valable. M. MOREAU y paraissait également favorable (*J.-Cl. A.*, Fasc. 200).

109 En particulier lorsque l'esthétique est le motif de retrait d'une permission de voirie (V. chapitre suivant, notam. n° 171, note 13).

110 C.E. Section 18 février 1972, *Chambre syndicale d'entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne* (Rec., p. 153 ; A.J.D.A. 1972, p. 250, chron.

dentielle de la notion d'ordre public général municipal provient de ce que le Conseil d'Etat, lorsqu'on a commencé à se soucier d'esthétique au début de ce siècle, a initialement admis cette extension des pouvoirs de la police générale ; mais dans la mesure où le législateur, accédant à son tour à ce genre de préoccupations, a multiplié les polices spéciales de l'esthétique, c'eût été consacrer l'inutilité de ces lois spéciales et créer par ailleurs des problèmes de concours de polices que de valider de tels arrêtés de police générale. Par conséquent, après avoir lancé quelques ballons d'essai qui se sont en définitive révélés inutiles, le Conseil d'Etat a préféré semble-t-il revenir en arrière en sanctionnant ces décisions¹¹¹ (mais seulement lorsqu'elles sont insusceptibles de se rattacher à la gestion du domaine public).

En tout état de cause, il y a suffisamment de polices spéciales de l'esthétique¹¹² pour affirmer que la police ne se définit pas par la trilogie municipale.

Telle qu'on la formule, cette trilogie est d'ailleurs incomplète.

119. — 3. En effet, on trouve encore dans la loi municipale des dispositions (al. 5 de l'article 97 ou art. 131-2 du Code des communes) permettant au maire de veiller à la fidélité du débit, d'assurer la sincérité des transactions, la régularité des approvisionnements, d'empêcher la « hausse factice des prix » de certaines denrées¹¹³.

LABETOULLES et CABANES, p. 215 ; J.C.P. 1973, II, 17-46, note F. BOUYSSOU ; V. aussi M. MELIN, *L'esthétique funéraire et ses limites : les pouvoirs des maires dans ce domaine* : Gaz. Pal. 12-13 décembre 1973, et X., *La police de l'esthétique*, Rev. fin. com. 1975, p. 90 ; C.E. 21 juillet 1970, *Loubat* (Rec., p. 507) ; — 9 juillet 1975, *Commune de Janvry*, A.J.D.A. 1976, p. 148 ; R.D.P. 1976, p. 383 ; Rec., p. 410 ; C.E. 11 mars 1983, *Commune de Bures-sur-Yvette*, Bull. Dr. Adm. 1983, n° 161.

111 L'arrêt *Loubat* précité a jugé que le maire n'a pu, sur la base de l'article 97, décider de faire enlever un dépôt de véhicules hors d'usage dont l'existence n'était susceptible de porter atteinte « ni à la sécurité, ni à la tranquillité ni à la salubrité publique » ; cette exclusion du but d'esthétique de la police générale municipale s'explique par le fait qu'il existait en la matière un texte spécial, le décret du 13 avril 1962, organisant les compétences et les procédures propres à la suppression de ces dépôts de ferrailles.

112 L. 21 avril 1906 sur les sites et monuments naturels ; loi du 21 avril 1910 complétant la précédente en protégeant ces lieux contre l'affichage ; L. du 13 juillet 1911 (art. 118) sur les perspectives monumentales ; L. des 14 mars 1919 et 19 juillet 1924 relatives au plan d'extension, d'aménagement et d'embellissement des villes ; L. du 12 avril 1943 relative à la publicité par voie d'affiches ; D. du 13 avril 1962 dans lequel M. AUBY voit une « police des dépôts de ferrailles » (R.D.P. 1976, p. 347) (V. la note précédente). Certains textes sont intervenus au XIX^e siècle pour autoriser le maire à prescrire des obligations dans un but d'esthétique : voir le décret du 26 mars 1852 (art. 5) sur le ravalement décennal des immeubles. Ce texte semble toujours en vigueur (voir *Etude des problèmes municipaux* 1966, n° 10, p. 11). L. 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes.

113 V. *supra* n° 48, en particulier les notes 38, 40, 44, 51, 52. De même, les autorités locales de police générale ont pu ainsi prescrire de ne vendre des pains de consommation courante que d'un poids et d'une forme déterminés (C.E. 5 février 1935, *Bladanet*, Rec., p. 202), prohiber, afin de faciliter le contrôle du rationnement, la livraison du pain à domicile (C.E. 14 février 1945, *Besson*, Rec., p. 32), obliger lesouchers et charcutiers à

Avec M. Martres¹¹⁴, certains auteurs¹¹⁵ estiment que toutes ces mesures, si elles présentent bien un objet économique, ne visent pas un but économique. Cette dichotomie entre but et objet nous semble un peu spéieuse, du moins si elle devait être forcée. Certes, ces mesures ne sont pas interventionnistes ou dirigistes; mais, dès lors qu'il consiste à protéger la loi de la concurrence, la loi de

délivrer aux clients un bulletin indiquant la nature et la qualité de la viande vendue, ainsi que le poids et le prix du morceau (C.E. 6 mars 1915, *Syndicat des bouchers et charcutiers de l'arrondissement de Vire*, Rec., p. 57; V. aussi C.E. 21 mai 1920, *Tison*, Rec., p. 521; — 3 février 1926, *Martin*, Rec., p. 127), empêcher l'accaparement des denrées pour éviter la hausse de leur prix (C.E. 22 décembre 1944, *Couturier*, Rec., p. 329; J.C.P. 1945, IV, 32), ordonner à des producteurs de lait d'assurer à tour de rôle l'approvisionnement en lait d'une famille à laquelle ils avaient refusé de vendre cette marchandise au prix taxé (C.E. 26 février 1956, *Estorgues*, Rec., p. 85; R.P.D.A. 1956, n° 102; R.D.P. 1956, p. 642), interdire à des producteurs de fruits et légumes de les vendre à des grossistes sur les lieux de culture, contraindre ces derniers à s'approvisionner au marché de gros et sanctionner le refus de vente pour éviter les hausses anormales des prix (C.E. 30 mai 1952, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, Rec., p. 289; Gaz. Pal. 1952, 2, p. 124, obs. R.C.: en l'espèce les maraîchers déclaraient vendues d'avance des corbeilles entières de marchandises, ce qui constituait un refus de vente; l'arrêt est d'autant plus remarquable que le Conseil d'Etat a annulé un décret instituant l'infraction du refus de vente; il est vrai cependant que cette infraction était sanctionnée comme un délit: voir C.E. 18 juin 1958, D. 1958, III, p. 656, concl. Tricot. V. Aubry, D. 1960, chron. p. 45; DELVOLLE, D. 1960, chron. p. 203); le maire peut enfin interdire la vente dite « à la postiche » qui consiste « à abaisser le prix par tranches successives à partir d'un prix initial » (voir A. de LAUBADERE, *Droit public économique*, 1^{re} éd., p. 265, § 186; Cass. crim. 20 février 1964, *Frigelson*, D. 1964, som. 75; J.C.P. 1964, éd. G, IV, 50; Bull. crim. n° 62, p. 140; mais il semble que la raison de l'interdiction ne résidait pas dans les inconvénients d'ordre économique que ce type de vente pouvait susciter, mais dans les troubles à la tranquillité publique ou au bon ordre qu'il provoque).

Néanmoins, si le maire peut, en vue d'assurer la sincérité des transactions, imposer aux bouchers l'affichage et la classification des viandes par catégories selon la pratique locale, il ne peut instituer une nouvelle classification contraire à celle-ci (Cass. crim. 16 décembre 1933, D.P. 1936, I, p. 67, note P. Pic; S. 1935, I, p. 200); il ne peut non plus fixer la proportion maximum d'os pouvant entrer dans le morceau vendu (C.E. 5 mars 1915 précité), ni interdire à une boucherie hippophagique de vendre d'autres viandes que celle de cheval (C.E. 19 janvier 1936, *Cordier*, Rec., p. 130), ni empêcher sur le marché de la ville toute transaction sur le porc qui ne serait pas effectuée au poids vif (C.E. 26 octobre 1939, *Syndicat de l'Union des patrons charcutiers*, Rec., p. 544; D.H. 1940, p. 19); il ne pourrait non plus modifier les circuits économiques en réduisant le nombre des intermédiaires (C.E. 31 juillet 1948, *Syndicat des négociants en gros des exportateurs et importateurs de fruits et légumes*, J.C.P. 1948, II, 4500, note G.W.); il ne pourrait enfin, dans l'intérêt des consommateurs habitant les villes autres que celle de sa commune, interdire les ventes d'œufs chez les producteurs eux-mêmes (C.E. 29 juillet 1950, *Fédération nationale des syndicats de grossistes en produits laitiers et avicoles*, Rec., p. 482).

Sur l'ensemble de la question, V. TARDIF, *op. cit.*; F. RIBERT, *La liberté du commerce et de l'industrie et le pouvoir de police des maires*, Thèse Aix-en-Provence, 1936; F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, 1973; P. BON, *op. cit.*, p. 167 et s.

¹¹⁴ *Op. cit.*, T. I, p. 91 et s.

¹¹⁵ P. ex.: BON, *op. cit.*, p. 167 et s.

l'offre et de la demande et à faire en sorte que celles-ci ne se traduisent pas par des déséquilibres trop flagrants, cet ensemble de buts nous apparaît bien économique, même si ces décisions ne sont pas toujours étrangères à des préoccupations de « bon ordre » au sens traditionnel¹¹⁶. Ce que ne pourrait pas faire le maire, c'est modifier l'ordre économique existant; mais, en le protégeant, il vise bien un but économique tout comme l'autorité de police vise un but politique lorsqu'elle protège l'ordre politique et constitutionnel existant¹¹⁷.

De toute façon, « depuis une trentaine d'années, disait M. Waline dès 1960, [sont] entrés dans les mœurs » l'idée et le fait d'une police économique¹¹⁸; et les conclusions de M. Martres qui admet l'existence de polices spéciales à but économique se trouvent partagées

¹¹⁶ Les interventions du maire ou du préfet agissant sur la base de leurs pouvoirs propres sont en effet toujours plus ou moins inspirées par des considérations de bon ordre matériel qu'une hausse factice des prix ou la rarefaction de certaines denrées pourraient compromettre, tandis que le gouvernement et les divers ministres compétents visent des objectifs plus globaux, plus interventionnistes, qui s'efforcent de créer un nouvel ordre économique. La distinction de M. MARTRES (*op. cit.*, T. I, p. 91 et s.) est donc exacte dans son principe: la réglementation du commerce de la viande dans un but de salubrité par exemple la confirme; mais, à raison de l'interdépendance des buts et des désordres, il ne faut pas en exagérer la portée, ainsi que semble l'indiquer l'auteur lui-même (*op. cit.*, p. 95): lorsque le maire se préoccupe de limiter la hausse des prix de certaines denrées, il vise donc bien un but économique, même s'il n'a pas pour objectif de créer un nouvel ordre économique. En outre, lorsque l'Etat réorganise le marché des vins, stabilise le cours des céréales, lutte contre l'inflation..., il est évident qu'il est, au moins autant que le maire, animé — quand il n'agit pas directement sous leur pression — par le désir d'éviter les troubles sociaux qu'entraînent inéluctablement l'inflation, la chute des cours, l'envahissement par des produits étrangers du marché national (V. p. ex. C.E. 14 juillet 1966, *Sté Conserverie de Saint-Nazaire*, Rec., p. 433: interdiction de débarquement de sardines d'origine marocaine, décision qui « n'avait d'autre objet que le maintien de l'ordre public »; C.E. 25 juin 1958, *Sté Bullion Exchange and Trading Company*, Rec., p. 381: interdiction du commerce de l'or à Pondichéry car « la situation créait une menace inquiétante pour l'ordre public » compte tenu des conséquences du trafic des devises sur le pouvoir d'achat des habitants de l'établissement). A l'inverse, il n'est pas toujours certain, lorsque le maire s'efforce de provoquer la création sur le marché municipal d'un commerce du porc au poids vif (ce qui serait légal: C.E. 26 octobre 1939, précité (*a contrario*)) ou lorsqu'il oblige les producteurs à desservir une famille, que sa commune était sur le point de connaître des troubles matériels aussi graves que l'Etat tout entier lorsque les agriculteurs déversent leurs produits sur les routes, lorsque les viticulteurs les barrent ou lorsque les syndicats vont lancer un ordre de grève générale... Pour une autre critique de l'opinion de M. MARTRES, V. F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, p. 47, Cl. KLEIN, *La police du domaine public*, p. 227 notam. et J.M. AUBRY, note sous C.E. 25 juillet 1975, *Chaigneau*, R.D.P. 1976, p. 350 et s.

¹¹⁷ V. par exemple à propos de l'interdiction d'un référendum privé: C.E. 26 octobre 1956, *Association des combattants de la paix*, R.P.D.A. 1956, p. 178; A.J.D.A. 1956, II, p. 484; V. aussi Cass. crim. 5 février 1953, *Comm. de police de Grasse c. Quintane*, Rev. Ad. 1953, p. 143, note LIEF-VEAUX.

¹¹⁸ Note sous T.C. 23 novembre 1959, *Sté mobilière et immobilière de meunerie*, R.D.P. 1960, p. 682.

par une grande partie de la doctrine contemporaine¹¹⁹, même si toutes les réglementations économiques ne sont pas, comme on le verra, rattachées à la notion de police.

Ainsi le critère tiré de la trilogie se trouve une fois de plus controuvé par le droit positif. Il serait de surcroît insuffisant, car toutes les normes visant l'ordre public au sens strict ne relèvent pas de la police.

b) La police n'est pas la seule à viser l'ordre public au sens strict

120. — On sait depuis longtemps que « l'ordre public dépasse la police administrative et [qu'il] se trouve placé au cœur du droit administratif¹²⁰; on sait aussi qu'il concerne également d'autres disciplines juridiques que celle-là¹²¹. Nous nous contenterons donc de montrer, par quelques exemples, que des mesures administratives peuvent viser l'ordre public sans appartenir à la catégorie « police ».

1. De ce que « compte tenu de la nécessité de maintenir l'ordre public tant en métropole qu'en Algérie, il appartenait au ministre de l'Intérieur d'organiser ses services en conséquence »¹²², peut-on déduire que cette autorité édictait ce faisant un acte de police ? Cela ne semble guère soutenable si réglementation de police et réglementation du service public sont distinctes. Pour prendre d'autres exemples plus étrangers à l'idée de police, il ne semble guère possible de prétendre que le gouvernement prend un acte de police lorsqu'il régleme le droit de grève dans les services publics, même s'il a « en vue d'éviter son usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public »¹²³. L'article 114 de l'instruction générale

119 V. notamment A. de LAUBADÈRE, *Droit public économique*, Dalloz, éd. 1976; G. FARJAT, *Droit économique* (P.U.F. 1971); R. SAVY, *La notion de droit économique en droit français*, A.J.D.A. 1971, p. 132; MOREAU, J.-Cl. A., Fasc. 200 (n° 37), article précité dans A.J.D.A. 1963, p. 11, n° 6; Grévisse, concl. dans A.J.D.A. 1958, p. 7; Heumann, concl. dans A.J.D.A. 1961, p. 20, concl. dans Dr. Soc. 1961, p. 141; Fournier, concl. dans R.D.P. 1968, p. 921; Braibant, concl. dans A.J.D.A. 1973, p. 324, etc.

120 P. BERNARD, *op. cit.*, p. 241; V. aussi PERRINJAQUET (*op. cit.*, p. 11).

121 Selon l'article 144-2° du Code de procédure pénale la détention provisoire peut être ordonnée « lorsque cette détention est nécessaire pour préserver l'ordre public... ». V. aussi l'article 6 du Code civil et à ce propos P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Thèse Paris 1953 et *L'ordre public et l'office du juge*, D. 1956, III, p. 517; D. TALLON, *Considération sur la notion d'ordre public en droit français et en droit anglais* dans Mél. Savatier 1965, p. 883; l'auteur évoque les ordres publics monétaire, pénal, procédural, fiscal, administratif; V. également G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Thèse Dijon 1961, L.G.D.J. 1963, Coll. Bib. de droit privé, T. 37, préf. B. GOLDMAN; M. BONNECHÈRE, *L'ordre public au sens du droit du travail*, J.C.P. 1974, éd. C.I., 11604; P. LAGARDE, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse Paris 1958, L.G.D.J. 1959, coll. Bib. de droit privé, T. 15, préf. H. BATAIFFOL; A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, L.G.D.J. 1962, coll. Bib. droit privé, T. 30, préf. R. SAVATIER; DOMESTICI, *Recherche sur le concept d'ordre public en droit international public*, Thèse Nice 1979, multigr. 1415 p.

122 C.E. 21 avril 1967, *Marchal*, A.J.D.A. 1967, p. 552, note V.S.

123 C.E. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec., p. 426; R.D.P. 1950, p. 631, concl. Gazier,

des P. et T. est-il une mesure de police pour cette raison qu'il prévoit pour les dimanches, dans certaines grandes villes, un service de distribution de sérums et d'autres médicaments urgents ? Ce but évident de sécurité ou de santé publique ne nous semble certainement pas suffisant pour introduire dans l'unité de cette instruction une différence de nature entre quelques-uns de ces articles et l'ensemble, qui ne se préoccupe que du bon fonctionnement du service.

2. Si toute norme visant l'ordre public relevait de la police, il faudrait encore inclure dans cette notion toutes les mesures qui organisent et prononcent dans un but d'hygiène publique les expropriations d'immeubles insalubres, de bidonvilles ou d'îlots urbains défectueux¹²⁴. Enfin pourquoi, dans ces conditions, ne pas considérer comme norme de police la décision par laquelle l'administration exige le licenciement d'un salarié d'un de ses cocontractants en vertu d'une clause exorbitante qui le lui permet pour « un motif de police, d'ordre et de moralité » ?¹²⁵ et ¹²⁶.

Si l'on veut éviter que la police devienne ou reste un simple mot sans aucune implication ou consistance juridique, on doit donc trouver un autre critère. Mais il semble d'ores et déjà douteux que ce critère réside dans la notion d'ordre public au sens large.

note WALINE; Rev. Adm. 1950, p. 366, concl. Gazier, note LIET-VEAUX; G.A., p. 328.

124 V. L. du 15 février 1902 et D. 30 octobre 1935 et 24 mai 1938. L. du 14 décembre 1954, 12 juillet 1966 et 10 juillet 1970. Mais certains actes de cette procédure tendant à l'expropriation relèvent, semble-t-il, de la notion de police. V. pour une déclaration d'insalubrité de locaux, C.E. 16 avril 1975, *Boisson*, Rec., p. 233.

125 C.E. 25 novembre 1959, *Sté nouvelle d'exploitation de plages, piscines et patinoires*.

126 Le décret du 4 juillet 1973 créant autour de l'atol de Mururoa une zone de sécurité de soixante milles marins contiguë à la mer territoriale dans laquelle la France se réserve le droit de suspendre temporairement la navigation n'est pas un acte de police malgré son but, mais « un acte se rattachant aux relations internationales de la France » car il a effet en dehors de la mer territoriale; il n'est donc pas de nature, a estimé l'assemblée du Conseil d'Etat statuant au contentieux, à être déféré à la juridiction administrative » (C.E. 11 juillet 1975, *Paris de Bollardière et autres*, A.J.D.A. 1975, p. 460, chronique FRANC et BOYON, p. 455; Rec., p. 423). Alors que la guerre d'Algérie était juridiquement une opération de police (V. A. HEYMANN, *op. cit.*, p. 3, 66, 151 notam.), l'arraisonnement d'un navire dans le cadre de cette opération ne constitue pas non plus un acte de police, mais un acte de guerre ou un acte de gouvernement (V. C.E. Ass. 30 mars 1966, *Sté Ignazio Messina*, R.D.P. 1966, p. 789, concl. Questiaux; A.J.D.A. 1966, p. 382 et 349; chron. PUISOCHET et LECAT; et C.E. 31 mars 1961, *Cie française des cuirs*, Rec., p. 358). Sur la notion de faits de guerre, V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 76. Mais l'arraisonnement d'un bateau dans d'autres circonstances peut parfaitement constituer un acte de police, administrative ou judiciaire selon le cas (V. C.E. 26 février 1982, *Van de Ghinste*, Rec., T. p. 694, et *supra*, n° 88, note 11).

2° L'ordre public au sens large

Puisque nombre de réglementations qui passent pour être des polices visent effectivement des buts étrangers à ceux de la trilogie classique, il semble bien que l'ordre public, pour pouvoir être présenté comme un critère de la police, doive être conçu au sens large. Mais, en réalité, ce critère n'a qu'une valeur apparente car il est trop vague (a); l'admettre comme tel procède en outre d'une erreur de raisonnement (b).

a) La valeur apparente du critère

Il est aisé de citer des polices qui ne visent ni la sécurité, ni la salubrité, ni la tranquillité, ni même la moralité publique, l'esthétique ou un but économique, mais bien d'autres buts très divers qui obligent à étendre les limites de la notion d'ordre public.

121. — 1. Toute la catégorie « police générale » (au sens du XIX^e siècle) a bien en vue la sûreté de l'Etat et non plus la sécurité des citoyens¹²⁷. C'est à ce type de but que se rattachent les polices des étrangers¹²⁸, des associations étrangères ou politiques¹²⁹, de la presse¹³⁰, de la fabrication et de l'exportation de matériel mili-

- 127 V. D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, préf. P. WEIL, L.G.D.J. 1972, coll. Bib. D. Pub., T. 107, notam. p. 187 et s. et A. HEYMANN, *op. cit.* V. aussi A. NOYER, *La sûreté de l'Etat (1789-1965)*, préf. R. VOIUN, L.G.D.J. 1966.
- 128 V. M.H. BIENAYME, *Police des étrangers*, J.-Cl. A., Fasc. 235; le but expressément visé ici est le « crédit public ». V. art. 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. V. C.E. 3 février 1975, *Min. Int. c. Pardov*, Rec., p. 83. Sur la loi du 29 octobre 1981, V. J. LEBULLANGER, *Le nouveau régime du séjour des étrangers en France*, Rev. Adm. 1982, p. 259 et s.
- 129 A propos des associations étrangères, V. le D.-L. du 12 avril 1939 qui exige l'autorisation préalable. Les partis politiques sont juridiquement des associations de la loi de 1901; en vertu de la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et aux milices privées, celles-ci peuvent être dissoutes par décret; V. p. ex. C.E. 4 avril 1936, *Pujo de Lassus*, D. 1936, III, p. 79; — 17 avril 1963, *Association Parti nationaliste*, Rec., p. 827 (tentative d'atteinte à la forme républicaine du gouvernement); V. aussi C.E. 21 juillet 1970, *Boussel et autres*, Rec., p. 504; A.J.D.A. 1970, p. 616; D.S. 1970, p. 633, note J.C. BROUTIN; — 13 janvier 1971, *Geismar*, Rec., p. 31. — V. le décret 28 juin 1973 portant dissolution de la « ligue communiste » et d'« Ordre Nouveau » (J.O. 29 juin 1973, p. 6957) (décret légal; C.E. 9 avril 1975, *Robert*, R.D.P. 1975, p. 1494), le décret 30 janvier 1974 portant dissolution de certains groupements de fait Enbata, Front de libération de la Bretagne, Armée républicaine bretonne... V. G. PEISER, *La dissolution par décret des associations et groupements politiques français*, D. 1963, chron. 59.
- 130 V. H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité de droit de la presse*, précité et R. DRAGO et Cl. LECLERCQ, *Liberté de la presse et sa réglementation*, J.-Cl. A., Fasc. 270 et s. — V. par exemple pour la presse étrangère, C.E. ass. 2 novembre 1973, *Librairie François Maspéro*, Rec., p. 611; A.J.D.A. 1973, p. 581, chronique FRANC et BOYON; J.C.P. 1974, II, 17642, concl. Braibant, note DRAGO; D.S. 1974, p. 432, note A. PELLET; G.P. 11-12 février 1974, note PACTEAU (influence néfaste sur la conduite des relations internationales de la France). V. aussi C.E. Ass. 30 janvier 1980, *Ministre de l'Intérieur c. S.A. « Librairie François Maspéro »*, Rec., p. 53; C.E. 18 juillet 1973, *Monus*, Rec., p. 527 (« Les graves allégations contenues dans l'ouvrage... risquaient de déconsidérer les autorités administratives et universitaires et de porter atteinte à la réputation internationale de la cité universitaire »).

taire¹³¹, de la colombophilie¹³², de la délivrance des passeports¹³³, les mesures prises en vertu de l'état de siège ou de l'état d'urgence¹³⁴, les décisions d'internement administratif¹³⁵, etc., bien que nombre de ces actes soient édictés quelquefois sous couvert de bon ordre matériel¹³⁶, de tranquillité publique¹³⁷ ou de concepts relativement ambigus comme la « sécurité nationale » ou la « sûreté publique »¹³⁸.

Compte tenu de l'interdépendance des buts et des désordres qu'entendent prévenir les différentes polices, il serait sans doute possible de ramener les buts de la plupart des polices au concept d'ordre public au sens plus ou moins étroit, puisqu'en définitive l'abstention des autorités administratives à réglementer telle ou telle activité entraînerait presque toujours à la longue des troubles au bon ordre matériel. Nous pensons cependant qu'il faut respecter la diversité des buts de la police et qu'il serait bien difficile de réduire à l'ordre public classique des buts aussi différents que ceux-ci, tous visés par certains autres actes ou textes dits de police :

- 131 C.E. 29 juin 1962, *Sté Manufacture des machines du Haut-Rhin*, A.J.D.A. 1962, p. 580, chr. GALABERT et GENTOT, et P. DELVOLVE, *Le régime juridique français de l'exportation des matériels militaires*, A.J.D.A. 1969, p. 528. — Cette police dépasse le seul cadre de la sûreté de l'Etat et intéresse également les rapports de la France avec les Etats étrangers. V. A. JALLON, *La réglementation de la fabrication et du commerce des armements*, A.J.D.A. 1978, p. 67.
- 132 L. 4 avril 1889, 22 juillet 1896 et 25 juin 1945. V. T.A. Bordeaux 15 mai 1964, *Courtois*, Rec., p. 718.
- 133 V. C.E. 19 février 1975, *Fouéré*, A.J.D.A. 1975, p. 143, chron. FRANC et BOYON, p. 131; Dr. Adm. 1975, n° 97; D.S. 1975, p. 435, note B. PACTEAU.
- 134 V. R. DRAGO, *L'état d'urgence et les libertés publiques*, R.D.P. 1955, p. 670.
- 135 V. L. PHILIP, *Les internements administratifs*, Ib. 1962, chron. p. 135. — Le but de la mesure d'internement peut être « la défense nationale » elle-même (V. C.E. 21 janvier 1949, *Journier*, Rec., p. 28) ou même la « défense du régime » ou de la politique gouvernementale (note E. LANGAVANT sous T.C. 16 novembre 1964, *Livet*, J.C.P. 1965, II, 14286).
- 136 V. p. ex.: C.E. Sect. 16 janvier 1970, *Association Sked*, Rec., p. 22 (interdiction de l'apposition sur les automobiles de signes distinctifs susceptibles de créer une confusion avec les signes distinctifs officiels).
- 137 V. D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 254, à propos des arrêts C.E. 19 juin 1953, *Houphouët-Boigny* (Rec., p. 298), — 10 novembre 1958, *Mezerna* (Rec., p. 628) et 19 février 1954, *Union des syndicats ouvriers C.G.T.* (Rec., p. 113).
- 138 V. D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 147 et T.A. Paris 11 janvier 1971, *Féd. int. des archives du Film*, Rec., p. 809. Le but peut être aussi le respect de la constitution: C.E. 26 octobre 1956, *Association des combattants de la paix*, R.P.D.A. 1956, p. 178; A.J.D.A. 1956, p. 454; V. aussi Cass. crim. 5 février 1953, *Commissaire de police de Grasse c. Quintane*, R.A. 1953, p. 143, note LIET-VEAUX; le respect de la Constitution semble être ici moins la base légale de l'interdiction prononcée contre un référendum pour la paix organisé par cette association, que le but de cette mesure dont le premier souci était de défendre l'ordre juridique et politique et l'ordre constitutionnel de l'Etat.
- Le but d'une mesure de police peut être aussi la « défense nationale ». Voir C.E. 19 février 1947, *Bosquain*, Rec., p. 633 (internement dans une prison d'un individu dangereux pour la défense nationale lors de circonstances exceptionnelles).

l'intérêt du commerce local¹³⁹, la préservation des intérêts agricoles¹⁴⁰, la protection de la faune et de la flore¹⁴¹, la conservation des propriétés¹⁴², la meilleure utilisation du sol¹⁴³, la bonne organisation du marché¹⁴⁴, l'agrément des piétons¹⁴⁵, le crédit public¹⁴⁶, la coordination des transports¹⁴⁷, le bon fonctionnement des services publics¹⁴⁸, le respect des traditions nationales¹⁴⁹, la lutte contre

- 139 V. Loi du 30 décembre 1906 relative aux soldes, liquidations, ventes forcées au déballage et C.E. 23 juin 1911, *Maufras*, Rec., p. 701. Cet arrêt décide que « le pouvoir d'autorisation de ces ventes confié au maire par cette loi l'a été en même temps que dans un but de police en vue de protéger les intérêts du commerce local ». V. aussi C.E. 16 décembre 1925, *Coscarine*, Rec., p. 1021, et note M.T. sous C.E. 19 novembre 1961, *Ville d'Agen*, J.C.P. 1962, II, 12731; bien entendu une mesure du maire prise en dehors de cette loi dans le but de favoriser le commerce local serait illégale: V. C.E. 22 janvier 1975, *Co. de Vallon Pont d'Arc*, Rec., p. 43; C.E. 14 janvier 1976, *Ville de Strasbourg*, « Administration locale », la revue de la formation permanente des élus locaux, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, n° 6, février 1976, p. 92, concl. Labetoulle et note X. DELCROS, Rec., p. 33; te C.E. Sect. 14 mars 1979, *Auclair*, R.D.P. 1979, p. 1163, note WALINE.
- 140 L. 28 juin 1898 relative à la police rurale qu'HAURIU interprète comme destinée à protéger les intérêts agricoles (*Précis Droit administratif*, 11^e éd., p. 483). V. aussi la loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, incommodes ou insalubres (art. 1^{er}) précisant que les pouvoirs sont conférés au préfet afin de prévenir les inconvénients de ces industries à l'encontre de l'agriculture. D'une façon générale, V. P. GRIGNON, *Des attributions de police agricole du préfet et du maire*, Thèse Caen 1903 (278 p.). V. aussi R. 26-10^e et R. 30-1^{er} du Code pénal: pouvoir du maire de fixer le ban de vendanges et de récoltes, de réglementer le glanage, le grappillage et le râtelage; il peut aussi prendre des mesures à l'effet de protéger les végétaux contre les insectes.
- 141 V. A. ZOMORRONI, *Législation et organisation de la protection des végétaux*, Thèse Bordeaux 1961, 173 p. dactyl. et J. LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, L.G.D.J. 1973, notam. p. 505 à 554.
- 142 Voir art. 97-7^o de la loi municipale; C.E. 18 mars 1970, *Bila*, Rec., p. 195 (police des aliénés). V. aussi T.A. Limoges, 10 janvier 1978, *Association club motonautique*, Rec., p. 559: arrêté ministériel réglementant la navigation sur un lac de façon à protéger les droits des propriétaires riverains.
- 143 D. 13 avril 1962 précité et C.E. 21 janvier 1972 précité, Rec., p. 73.
- 144 C.E. 23 juin 1965, *Association dite « Syndicat des commerçants étalagistes de la Plaine du Forez et Giraud »*, Rec., p. 378; — 17 mars 1976, *Aimé*, R.D.P. 1976, p. 1078.
- 145 C.E. Sect. 8 décembre 1972, *Ville de Dieppe*, A.J.D.A. 1973, p. 28, chron. CABANES et LÉGER; V. aussi Moniteur des Travaux publics, 13 janvier 1973, p. 33 et 17 février 1973, p. 48. C.E. 14 janvier 1981, *Bougie*, Rec., p. 15; W. COULET, *Les rues piétonnes*, Droit et ville 1977, n° 4, p. 249.
- 146 C.E. 12 octobre 1956, *Sabarsky*, R.P.D.A. 1956, p. 170.
- 147 V. J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 19; JM. AUBY, note précitée, R.D.P. 1976, p. 352.
- 148 Dans le même sens, Cl. LABORDE, *op. cit.*, p. 6. Le maire peut prescrire le numérotage des immeubles afin de faciliter notamment le service des postes (V. *Etude des problèmes municipaux*, n° 10, 1966, p. 10). V. *supra* note 78, les références des études relatives à la protection des émissions de radio et de télévision. V. aussi C.E. 2 janvier 1972, *Sté Rapides Côte d'Azur*, Rec., p. 72: interdiction d'une route en réfection dans « l'intérêt du service »; C.E. 15 mars 1968, *Syndicat national des automobilistes*, A.J.D.A. 1968, p. 355, obs. J.D.: à propos des « couloirs d'autobus »; C.E. Ass. 8 juin 1979, *Chabrol*, Rec., p. 271; R.D.P. 1980, p. 222; concl. Bacquet; A.J.D.A. 1979, n° 10, p. 24, chron. ROBINEAU et FEFFER; D.S. 1979, p. 634, note F. JULIEN-LAFERRIERE: légalité du report de la prise d'effet d'un visa

l'alcoolisme¹⁵⁰, l'intérêt des nécessiteux¹⁵¹ ou des personnes sans abri¹⁵², ou malades¹⁵³, ou encore la protection des animaux « destinés au sacrifice »¹⁵⁴, l'affectation des immeubles¹⁵⁵, l'indemnisation des victimes d'accident¹⁵⁶, les économies d'énergie¹⁵⁷, etc.

- cinématographique à une date postérieure à l'achèvement d'une instance juridictionnelle, de façon à ce que le film ne puisse compromettre la sérénité de l'appréciation des faits par la Cour d'assise devant laquelle est portée une affaire ayant directement inspiré le film.
- 149 D. 7 mai 1936 relatif au visa de censure cinématographique. V. concl. Mayras sur C.E. 18 décembre 1959, *Lutétia*, précité.
- 150 Police spéciale des débits de boissons et police générale: voir C.E. 5 décembre 1941, *Devloo*, Penant 1948, n° 6144.
- 151 C'est en dépit du principe d'égalité, mais légalement, que le maire peut limiter au samedi et à certaines heures la vente des fleurs par les producteurs et les professionnels, mais autoriser « les nécessiteux » et les indigents à en vendre sur la voie publique tous les autres jours de la semaine. Cass. crim. 14 octobre 1965, J.C.P. 1965, IV, 142; Bull. crim. n° 200, p. 443. V. aussi à propos de la vente libre du muguet le 1^{er} mai, T.A. Orléans 22 juin 1982, *Courault*, Rec. T., p. 553, le tribunal fait appel ici à une coutume. Le but humanitaire est cependant illégal en général (voir C.E. 16 avril 1946, *S.A. des logements économiques*, Rec., p. 117: illégalité du refus d'exécution d'un jugement pour ce motif).
- 152 C.E. 6 février 1948, *Verthiac*, Rec., p. 63: obligation de déclarer tout logement vacant ou sur le point de le devenir; — 15 février 1961, *Werquin*, Rec., p. 118; D. 1961, p. 661, note WEIL; J.C.P. 1961, II, 12259, note AUBY; R.D.P. 1961, p. 321, concl. Braibant; A.J. 1961, p. 197, chr. GALABERT et GENTOT (réquisition de logement par un maire en vue de reloger des personnes évacuées d'un immeuble menaçant ruine). V. aussi C.E. 19 novembre 1969, Rec., p. 512; — 14 juin 1972, *Ville de Saint-Germain-en-Laye*, Rec. T., p. 998; C.E. 28 mai 1982, *Sté coop. d'E.L.M. du département de la Somme*, Dr. Adm. 1982, n° 277. Sur les pouvoirs du préfet en vertu d'une législation particulière, V. C.E. Ass. 11 juillet 1980, *Lucas*, A.J.D.A. 1981, p. 216, concl. Rougevin-Baville.
- 153 Selon la revue publiée par le Ministère de l'Intérieur, « *Etude des problèmes municipaux* » (n° 10, 1966, p. 12), le maire pourrait « faire serrer les récoltes d'un cultivateur absent, infirme ou accidenté qui réclamer[ait] ce secours ».
- 154 Selon les articles 453 et R. 38 du Code pénal, le maire peut prendre des dispositions pour éviter des souffrances inutiles aux bêtes destinées au sacrifice » (voir « *Etude des problèmes municipaux* », p. 11). V. aussi le décret n° 64-334 du 16 avril 1964, art. 2. Pour la compétence du préfet, V. T.A. Montpellier 17 novembre 1964, *Sieur Munoz*, Rec., p. 764 et C.E. 10 février 1967, même espèce, Rec., p. 69; R.D.P. 1967, p. 614; C.E. 3 décembre 1897, *Ville de Dax*, S. 1898, III, p. 145, note HAURIU, affaires relatives à des courses de taureaux; et C.E. 2 juillet 1897, *Grosson*, Rec., p. 593; — 27 mars 1936, *Association culturelle de Valenciennes*, Rec., p. 383; — 1^{er} octobre 1969, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris*, Rec., p. 409; — 2 mai 1973 (même requérant), Rev. Dr. rural 1974, p. 13, note J. MOREAU, affaires relatives à un règlement d'abattoirs.
- 155 Selon M. PETOT (R.D.P. 1965, p. 387) et M. LIEUVEAUX (J.-Cl. A., Fasc. 395), il existe une « police de l'affectation et de la démolition des immeubles » destinée notamment à lutter contre la crise du logement (V. Ord. modifiée 11 octobre 1945, art. 22; art. 340-2 du Code de l'urbanisme et de l'habitation; art. L. 631-7 et 651-2 du Code de la construction et de l'habitation). Voir C.E. 19 janvier 1977, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'Equipement et du Logement*, Dr. Adm. 1977, n° 56. V. aussi J.E. CORNU, *Le permis de démolir*, Berger-Levrault 1972 (189 p.).
- 156 C'est en effet à ce souci que répond l'institution de l'assurance obligatoire pour de nombreuses activités comme la circulation automobile, la chasse, etc. V. C.E. 13 février 1953, *Hubert de Ternay*, D. 1953, III, p. 753, note G.

On comprend donc que l'ordre public, pour permettre l'identification de la notion de réglementation de police, doive être conçu au sens très large. Mais on observe aussi immédiatement que, dans ces conditions, l'ordre public se confond en fait complètement avec l'intérêt général. D'ailleurs, comme le dit très justement M. Auby, « l'activité de police peut s'exercer dans n'importe quelle finalité d'intérêt général »¹⁵⁸. M. Bernard a certes montré que, de toutes façons, l'ordre public est un élément de l'intérêt général¹⁵⁹; et, très fréquemment, le juge, à propos de mesures de police, évoque cette dernière notion ou telle autre équivalente comme celle d'« intérêt public », là où l'« ordre public » au sens strict conviendrait parfaitement¹⁶⁰. Mais il lui arrive aussi, avec ou sans les textes, d'utiliser ces notions « d'intérêt général »¹⁶¹, de « besoins du pays »¹⁶², « d'intérêts nationaux »¹⁶³, parce que la notion d'ordre public semble trop étroite pour accueillir en son sein le but de la mesure de police considérée.

MORANGE (de ce que le Conseil d'Etat n'a admis la légalité de l'arrêté municipal instituant l'assurance obligatoire qu'à l'encontre des forains exerçant une activité relativement dangereuse, il ne faut pas déduire que cet arrêté visait l'ordre public au sens strict : en elle-même l'assurance obligatoire ne supprime nullement les risques d'accidents que fait courir l'attraction ; elle épargne seulement le risque de non-indemnisation que pourraient subir les victimes d'un accident causé par un entrepreneur insolvable).

157 L. n° 74-908 du 29 octobre 1974 qui institue, selon M. AUBY (note sous C.E. 25 juillet 1975, *Chaigneau*, R.D.P. 1976, p. 342 et s.; Rec., p. 346), une « police des économies d'énergie »; et L. 13 décembre 1973 mod. 13 mars et 6 novembre 1975.

158 Note précitée, R.D.P. 1976, p. 346.

159 *Op. cit.*, p. 263. V. aussi D. LINOTTE, *La notion d'intérêt général*, Thèse Bordeaux 1975 multigraph.; D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J. 1977, préf. J. BOULOUIS.

160 V. p. ex. l'arrêt *Labonne* (C.E. 8 août 1919, Rec., p. 737; G.A., p. 156), ou plus récemment C.E. 4 décembre 1974, *Barrois* (Rec., p. 607) et 25 juillet 1975, *Co. de Beynac* (R.D.P. 1976, p. 378) qui se réfèrent expressément à « l'intérêt général » à propos de mesures relatives à la circulation. En matière de cinéma, V. C.E. Ass. 24 janvier 1975, *Ministère de l'information c. Sté Rome-Paris Films* (précité). Ces exemples ne sont nullement isolés.

161 C.E. 26 octobre 1939, *Syndicat de l'union des patrons charcutiers* (Rec., p. 544) (à propos d'une mesure relative au fonctionnement du marché et aux ventes de produits sur ce marché); C.E. 2 février 1957, *Ministre de l'Agriculture et com. de Lettret c. Champollion* (police des cours d'eau); C.E. Sect. 8 décembre 1972, *Ville de Dieppe*, précité (rue piétonnière); C.E. 9 juillet 1975, *Union des Chambres syndicales de l'affichage et de la publicité extérieure*, Dr. Adm 1975, n° 328 (police de l'affichage); C.E. Ass. 24 janvier 1975, *Ministre de l'information c. Sté Rome-Paris*, préc. (censure de films); C.E. Sect. 26 janvier 1973, *Sté Le Roi et Lardereau et autres*, A.J.D.A. 1973, p. 252 (la mesure tendant à réduire le déficit du marché de la Villette en fixant la liste de produits protégés vise un but d'intérêt général).

162 C.E. 24 mars 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. cons. Mallard*, Rec., p. 252 (réquisition de logement); — 28 octobre 1949, *Syndicat départemental des maîtres artisans boulangers du Gard*, Dr. soc. 1950, p. 50, concl. Delvolvé (réquisition des boulangers en vue d'assurer le ravitaillement).

122. — 2. Si donc la police peut se préoccuper de l'intérêt général en plus de l'ordre public, comment reconnaître des autres types de réglementations administratives puisque celles-ci visent toutes ce même but exhaustif d'intérêt général? La réglementation des professions, le contrôle administratif, la gestion du domaine public, l'interventionnisme, etc. rentreraient-ils tous dans la notion de police alors que les auteurs qui prétendent identifier cette notion par le but d'ordre public refusent en même temps d'y intégrer les différents pouvoirs ou activités que nous venons de citer¹⁶⁴?

Afin de sauver le critère de l'ordre public, peut-on distraire de la notion d'intérêt général certains de ses éléments pour élaborer une notion d'ordre public au sens large constituée d'un « ordre public esthétique »¹⁶⁵, d'un ordre public moral, d'un « ordre public économique », d'un « ordre public technologique »¹⁶⁶, d'un « ordre public social »¹⁶⁷, d'un « ordre étatique »¹⁶⁸, d'un ordre public écologique¹⁶⁹, etc.? La distinction entre ordre public et intérêt général — et, par suite, la valeur du critère — ne seraient sauvegardées que formellement car ces ordres publics constitueraient bien plus une « sectorisation » de la notion d'intérêt général elle-même qu'une analyse des éléments de l'ordre public au sens où l'on comprend habituellement ce concept.

Surtout cette méthode comporterait un *a priori* qui compromet l'existence d'un ordre public au sens large comme critère de la police.

163 C.E. Sect. 5 décembre 1947, *Rivers* (retrait de visa de censure).

164 V. p. ex. A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, T. I, § 1017, p. 564 et T. II, § 342, p. 190; MOREAU, J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 86 et s.; DEMICHEL, *op. cit.*, p. 3 et 9; WALINE, *Précis de droit administratif*, p. 437, § 842 et s.

165 J.L. COSTA, cours I.E.P. précité, p. 261; M. DRAÏ, *op. cit.*, p. 299.

166 Th. IVAINER, *De l'ordre technique à l'ordre public technologique*, J.C.P. 1972, I, 2495.

167 Trib. corr. Grenoble 7 novembre 1972, cité par *Le Monde*, 29-30 avril 1973, p. 10.

168 D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 187.

169 On serait tenté de forger cette expression, si cela n'a pas déjà été fait, à propos des mesures relatives à l'environnement. V. p. ex.: C.E. Ass. 13 décembre 1974, *Sté des ciments Lafarge*, Rec., p. 628; A.J.D.A. 1975, p. 237, note CHARBONNEAU et C.E. 9 mai 1975, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, R.D.P. 1975, p. 1485 (annulation d'un arrêté ministériel autorisant dans certaines communes et à certaines époques la destruction des tourterelles car « il n'est nullement établi que la prolifération [de ces oiseaux] dans les communes [considérées] à l'époque des passages du mois de mai, soit de nature à faire peser une menace sur les activités agricoles ou sur l'équilibre biologique local; qu'il résulte, au contraire, des pièces du dossier (...) que la chasse de la tourterelle (...) ne répond pas au souci d'assurer une protection rationnelle de la nature » (souligné par nous). V. aussi éd. ALAUZE, *La loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature*, G.P. 7 décembre 1976; A. GRENIER-SARGOS, *Une nouvelle étape du droit français: la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature*, G.P. 8 janvier 1977. V. surtout F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Thèse Paris II 1979, multi., qui cite l'existence d'une « police écologique » (V. notam. p. 21 et p. 51), ouvrage publié dans la collection « Bibliothèque de droit public », T. 140, 1981.

b) *L'a priori* de la notion d'ordre public au sens large comme critère de la police

123. — Quand on s'appuie sur les exemples que nous avons cités pour en inférer l'existence d'un ordre public au sens large, on ne vérifie pas la valeur de ce concept comme critère de distinction, mais on procède en réalité à sa définition en se servant de la notion dont on s'était initialement proposé de rechercher les limites : autrement dit, au lieu de définir la notion de réglementation de police par celle d'ordre public, on détermine les limites de la notion d'ordre public par la totalité des buts que visent les différentes polices.

L'erreur du raisonnement provient alors d'une seule cause : il repose sur cet *a priori* que l'ordre public doit impérativement être le critère de la police. Or absolument rien n'oblige à étendre l'ordre public jusqu'à l'intérêt général. Cette extension pourrait être fondée, mais il faudrait alors la justifier. A défaut, il vaut encore mieux, comme certains auteurs — le Doyen Vedel¹⁷⁰ notamment —, renoncer explicitement à définir la police par l'ordre public, et se borner à observer que ce type de règlement vise d'une part, sous sa forme générale, l'ordre public et, d'autre part, sous ses formes spéciales, soit certains éléments de l'ordre public traditionnel, soit une multitude de buts extrêmement divers comme la protection des oiseaux, des poissons, la stabilité des prix, etc.

Il est donc clair que la notion d'ordre public, telle qu'elle se présente habituellement, c'est-à-dire en tant qu'énumération plus ou moins limitative dont on ne connaît pas en tout cas très précisément les limites, ne peut pas constituer un critère très exact de la police.

Lorsque nous saurons ce qu'est la notion de police, nous montrerons pourquoi les réflexions relatives à ses limites sont entrées dans de telles impasses et comment on peut en sortir. Dans l'immédiat, il ne reste qu'à formuler une alternative à propos de l'ordre public : ou bien la police ne se définit pas par l'ordre public parce qu'elle vise des éléments qui ne figurent pas dans cette notion ; ou bien l'ordre public caractérise la police ; mais alors il ne se définit pas par son contenu, qu'il soit large ou étroit, parce qu'une liste de ces éléments serait toujours et nécessairement incomplète, c'est-à-dire jamais finie ou jamais définie.

Ainsi, aucun des critères que nous avons examinés ne résiste à l'examen : la définition que nous proposons au début de cette section apparaît donc inexacte. Pour la perfectionner, il faudrait assortir tous ses éléments d'une infinité de précisions, d'exceptions, de nuances. Mais celles-ci ne définiraient plus l'essence du règlement de police : elles décriraient celui-ci dans la complexité de son régime.

Or c'est justement sur cette confusion entre la notion de règlement de police et le régime de certains règlements de police

qu'achoppe toute tentative de définition. On ne voit donc guère la possibilité de déceler dans le droit positif les limites juridiques de la notion de règlement de police dans son ensemble. Tout en approfondissant l'examen de cette confusion et de ses conséquences, il faut donc changer de méthode et nous contenter pour l'instant de rechercher dans l'histoire de la police les lignes de force de la notion de règlement de police.

¹⁷⁰ Droit administratif, p. 784.

SECTION II

LA DÉTERMINATION DES LIGNES DE FORCE
DE LA NOTION DE RÈGLEMENT DE POLICE

124. — Puisque l'analyse synchronique du droit positif ne semble révéler l'existence d'aucun critère de la notion de règlement de police, la détermination en doctrine des limites de cette notion procède apparemment de simples pétitions de principe. Nous ne voulons donc pas — pour l'instant — en ajouter une autre sans avoir au préalable proposé une construction théorique générale de la notion de police qui puisse la justifier en raison. Il nous suffit ici de prendre acte des diverses conceptions — extensives ou restrictives — de la notion de règlement de police, et de chercher, par un examen diachronique du droit positif et de la doctrine, ce qui les détermine : au-delà de la subjectivité de chaque auteur, nous voulons donc saisir une évolution générale ; alors les conflits entre ces conceptions n'apparaîtront plus seulement en termes de controverses doctrinales, mais comme le reflet d'une histoire objective dont les différents moments ont diversement influencé chaque pensée.

L'histoire de la notion de police comporte des enseignements apparemment contradictoires qui expliquent en partie les incohérences actuelles de la distinction entre réglementation et réglementation de police : en effet, les auteurs, et souvent les mêmes, relèvent que la notion de police a subi, depuis l'Ancien Régime, à la fois une restriction et une extension¹.

Si les deux phases ne faisaient que se succéder, la contradiction ne serait pas trop grave. Tout au contraire, elles se chevauchent partiellement : la phase de restriction s'est prolongée jusqu'à l'entre-deux-guerres environ, tandis que la phase d'extension que nous connaissons actuellement a débuté de façon assez manifeste dès la fin du siècle dernier et surtout dès la première guerre mondiale. Or c'est précisément lors de cette période de chevauchement qu'ont été formulées les grandes synthèses doctrinales du droit administratif ; c'est dire que la notion de police a acquis son statut théorique à l'époque où elle subissait les plus grands désordres...

¹ V. p. ex. F.P. BENOIT, *op. cit.*, § 1350, p. 739 et § 1372, p. 747 ; J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 1 et 108 ; P. BON, *op. cit.*, p. 1 ; cet auteur observe une restriction de la notion depuis l'Ancien Régime, mais s'attache à montrer, tout au long de sa thèse, que la police municipale est, depuis le début de ce siècle, étonnamment stable, ce qui la condamne à terme car, par ailleurs, le pouvoir de l'administration centrale s'accroît souvent à son détriment.

Bien qu'elles soient partiellement superposées, ces deux phases doivent être étudiées distinctement car les enseignements de la première permettent de comprendre les constatations que nous ferons au terme de la seconde.

§ 1. LA PHASE DE RESTRICTION

Pour mettre pleinement en lumière cette restriction, on pourrait procéder à un examen systématique des pouvoirs qui autrefois relevaient de la police et qui, à la fin de la période considérée, n'en relèvent plus. Cette méthode serait très démonstrative ; mais on se heurterait en pratique à la difficulté de qualifier telle ou telle réglementation sans pouvoir justifier ou contredire telle affirmation péremptoire par un critère incontestable. D'ailleurs, le fait même de cette restriction est admis par la doctrine. Il semble donc beaucoup plus instructif d'en rechercher d'abord les causes (A) ; cela permettra de dégager les caractères généraux que doit revêtir une réglementation pour être considérée comme une police par l'opinion la plus commune de l'époque considérée (B).

A. LES CAUSES DE LA RESTRICTION

La cause essentielle de cette restriction réside dans la réaction de la théorie juridique libérale face au phénomène de pouvoir que constitue la police : cette théorie s'interroge moins sur la fonction de la police que sur ses formes ; elle l'appréhende plus du côté de ses limites que du point de vue de sa nature. C'est pourquoi elle a cherché à réduire la notion de police administrative à celle de police municipale (1°) et tendu à confondre la notion et le régime de la police (2°).

1° La réduction de la notion de police administrative à celle de police municipale

125. — 1. La quasi-disparition, dans la pensée juridique, de l'ancienne notion de « police générale de l'Etat », celle que nous avions qualifiée de nébuleuse juridique en ce qu'elle rassemble presque toutes les activités juridiques de l'Etat, provient du fait, on s'en souvient, que ses éléments constitutifs sont devenus trop hétérogènes entre eux au regard des grandes catégories juridiques contemporaines. C'est un peu le même sort qu'a subi le concept de « police administrative » au début du XIX^e siècle² : avec l'avènement de l'opposition entre gestion et puissance publique, elle a d'abord tendu à se dépouiller de toutes ses composantes non normatives. Mais

² Pour une définition de ce concept, V. *supra* Titre I, Chap. I, Sect. I, en particulier le n° 42, note 2.

même certains de ses éléments qui correspondaient à un pouvoir normatif en ont été évacués. En effet, on ne soutient plus aujourd'hui qu'en relèvent encore les règlements relatifs à l'enseignement, aux travaux publics, aux impôts ou à l'assistance publique, encore que cela aussi arrive parfois pour cette dernière matière³.

La doctrine a délaissé ce concept de « police administrative » car il lui apparaissait trop vague, trop peu technique pour le retenir comme une notion authentiquement juridique à une époque où ses éléments constitutifs commençaient à se disperser en acquérant un régime juridique spécifique. Même les pouvoirs pourtant qualifiés de « polices spéciales » ont eu tendance, de façon implicite, à s'en échapper, comme en témoigne l'opposition très courante au XIX^e siècle entre « règlement de police » et « règlement d'exécution des lois ».

2. La doctrine ne polarisait son attention que sur la police municipale, laquelle, bien que très large encore, jouissait d'une unité conceptuelle et technique bien plus certaine. Or, lorsque la commune s'est franchement intégrée à l'administration publique, la police municipale est enfin devenue une véritable modalité de l'action administrative ; et cette police occupait une place tellement importante dans l'action administrative quotidienne et dans les préoccupations pratiques des juristes — surtout en raison de cette notion de pouvoirs propres —, qu'elle a fini par être considérée comme l'essentiel de la « police administrative ». Ainsi, en l'espace d'un siècle environ, l'expression « police administrative » a profondément changé de sens, sans que la doctrine — qui entretenait sur ce point une ambiguïté permanente — ait explicité pourquoi la notion désormais juridique de police administrative n'était en fait qu'une extrapolation ou une projection sur toute l'Administration de la notion de police municipale. La reconnaissance au profit du chef de l'Etat d'un pouvoir de police autonome dans des matières ou pour des buts analogues à ceux de la police municipale a accéléré cette substitution. Elle a fixé cette idée que le contenu de la police administrative se réduit pratiquement à celui de la police municipale et a confirmé aux yeux de la doctrine le bien-fondé de cette première confusion.

A notre sens, cette substitution s'explique aussi, plus généralement, par la façon dont la doctrine a appréhendé l'évolution de la police municipale et le phénomène policier en général.

2° La confusion entre la notion et le régime de la police

126. — 1. Cette notion de police municipale a, elle aussi, subi une restriction notable tout au long du XIX^e siècle. Au lendemain de la Révolution, elle apparaissait encore, on l'a vu, extrêmement proche de ce qu'elle était sous l'Ancien Régime. Ce n'est que très progres-

³ L'étude de l'aide sociale, de l'action sociale privée, de l'assistance publique, de l'enseignement est traitée dans le J.-Cl. A., sous la rubrique *Polices administratives* (V. Fasc. 225 à 232).

sivement que les principes libéraux l'ont investie, puis réduite. En effet, à l'aube de la période libérale, on ne disposait pas encore des moyens de technique juridique permettant de borner les pouvoirs considérables qu'elle tenait de sa relative autarcie juridique : dans la mesure où ses règlements — « véritables lois locales »⁴ — « ne découlaient pas de la loi »⁵, seul le juge était en mesure de la soumettre pleinement au principe de liberté et de légalité⁶.

Ces principes libéraux ne se sont donc imposés à elle qu'au fur et à mesure du perfectionnement du contrôle juridictionnel de légalité, lequel n'a atteint sa pleine maturité que dans les années 1930. D'ailleurs, l'aphorisme du commissaire du gouvernement *Cornille*, qui exprime la quintessence des principes libéraux en matière de police, n'a été formulé qu'en 1917, c'est-à-dire plus d'un siècle après la Révolution libérale⁷.

Or, s'intéressant quasi exclusivement aux problèmes juridiques concrets que soulevait la police, et commençant à n'appréhender les réalités juridiques que dans une perspective contentieuse, la pensée juridique a contracté l'habitude d'assimiler le contenu de la police aux actes que les autorités de police pouvaient légalement édicter.

Cette liaison établie entre la définition de l'acte de police et les conditions de sa légalité a entraîné des conséquences capitales.

127. — 2. Tant que le recours pour excès de pouvoir n'était pas recevable contre les actes de police municipale⁸, le contrôle judiciaire de leur légalité était des plus rudimentaires. Le juge admettait aussi largement leur régularité, quels qu'en fussent les motifs, l'objet ou le but, et même souvent quel que fût le degré de limitation apportée à la liberté considérée ou la qualité juridique de cette liberté : la mesure était pénalement sanctionnée dès lors qu'elle entraînait « dans le cercle légal des compétences » des autorités municipales⁹. La définition théorique de ces compétences découlait

⁴ V. *supra*, Titre I, Chap. I, Section I, en particulier le n° 46.

⁵ L'expression est de M. DOUENCE (V. *supra*, n° 108, note 28).

⁶ Les autorités de tutelle n'ont pas toujours eu les mêmes pouvoirs d'annulation ou de réformation, et leur souci était surtout de pallier les carences des autorités locales (voir MIRIEU, *op. cit.*).

⁷ « La liberté est la règle et la restriction de police l'exception » (concl. sous C.E. 10 août 1917, *Baldy*, Rec., p. 638). Certes cette formule n'est que la traduction des dispositions de l'article 5 de la Déclaration de 1789 (« Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché »), mais elle en constitue la sanction pratique applicable au règlement.

⁸ V. *supra*, n° 46, et BLAEOUET, *Des recours juridictionnels contre les mesures de police*, *op. cit.* V. aussi, sur l'évolution du contrôle de légalité par le juge judiciaire : PELLETIER, *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif*, Paris 1952 ; J. CASTAGNI, *op. cit.*, notam. p. 52 et s. ; T. CATHALA, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, L.G.D.J. 1966, coll. Bib. D. Pub., T. 67.

⁹ La formule consacrée était aussi : « Les tribunaux ne peuvent punir les infractions qu'autant que ces règlements (...) rentrent dans les objets confiés à la vigilance ou à l'autorité des administrations municipales ». Cette rédaction est celle du célèbre arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1810

tout naturellement de leurs limites jurisprudentielles : relevait de la notion de police (municipale) tout ce que ces autorités pouvaient compétemment entreprendre, c'est-à-dire une foule d'activités.

Lorsque le contrôle du juge, judiciaire ou administratif, s'est étendu au but et au motif, au lieu de se borner à la compétence ou à l'objet, et lorsque les principes libéraux ont pu ainsi domestiquer le droit de la police, la notion a été progressivement réduite aux droits que détenaient les autorités de police de cette époque : *plus le contrôle de légalité s'est approfondi, plus la police a pu devenir libérale et plus la notion doctrinale s'est rétrécie.*

Pour définir la notion, la doctrine s'est donc attachée à l'incidence sur l'exercice de la police du contexte idéologique et politique. Cette donnée aurait dû rester extérieure au concept lui-même parce qu'elle était historiquement beaucoup trop contingente : à ne pas distinguer l'essence et l'existence de la police, on était en train de confondre sa notion et son régime ; et, depuis lors, cette confusion s'est perpétuée.

A cet égard, il est révélateur d'observer que chacun des critères étudiés dans la première section de ce chapitre correspond en réalité à une condition de légalité de l'acte de police municipale ou à un aspect de son exercice, et que nous avons dû tour à tour écarter ces critères pour des raisons tirées de l'évolution du régime de la police.

Ainsi, caractérisés essentiellement par l'organe compétent lorsqu'ils étaient principalement mis en œuvre par les autorités locales, puis par l'objet de ces compétences lorsque le contrôle juridictionnel a glissé de celles-ci à celui-là, les pouvoirs de police (municipale) ont été ensuite définis par leur sanction pénale¹⁰ et surtout par leurs buts tant ceux-ci constituent la limite la plus patente de leur

qui, sur les conclusions du Procureur général MERLIN, avait ouvert la voie à l'exception d'illégalité contre les règlements de police. Il est intéressant de noter, avec M. PELLETIER (*op. cit.*, p. 16), qu'avant cet arrêt relatif à un règlement prescrivant le repos dominical, la Cour de cassation avait refusé de contrôler la légalité d'un arrêté interdisant la fermeture des boutiques le dimanche.

¹⁰ Les annotateurs des arrêts rendus au XIX^e siècle par la Cour de cassation expliquent quelle est l'origine de la loi du 28 avril 1832 qui a ajouté un paragraphe 15 à l'article 471 du code pénal ancien pour sanctionner d'une peine uniforme tous les arrêtés municipaux légaux (V. *supra*, n° 109, note 44) : pour des raisons essentiellement pratiques, le législateur a pensé qu'il était plus commode d'instituer cette peine uniforme, plutôt que d'obliger les juges répressifs à chercher dans chaque cas particulier quel était le texte pénal applicable à l'arrêté municipal en cause, d'autant que le maintien en vigueur de ces textes était souvent sujet à caution. Or, au cours de la première moitié du XIX^e siècle, on observe un rétrécissement de l'éventail des buts ou des matières susceptibles de faire l'objet d'un arrêté sanctionnable ; c'est, semble-t-il, à partir du milieu du XIX^e siècle que l'interprétation jurisprudentielle de l'article 471-15^e du code pénal fixe les buts ou les objets de la police municipale à la trilogie traditionnelle ; et c'est à partir de cette fixation que le but est précisément proposé comme critère du règlement de police.

exercice¹¹. Les règles particulières que la jurisprudence a élaborées pour cantonner le pouvoir des autorités municipales au strict nécessaire ont même, pour certaines d'entre elles, été intégrées à la définition de la police. Celle qu'en donne M. Elaëvoët, par exemple, apparaît très représentative de cette tendance : « La police est une institution qui a pour objet, en imposant des restrictions à la liberté individuelle sous une sanction pénale, de prévenir tout trouble imminent de l'ordre public ou de le faire cesser dès qu'il s'est produit, mais seulement en tant que les lieux publics ou accessi-

¹¹ Les différents critères que nous avons évoqués se rejoignent dans l'esprit de la jurisprudence judiciaire : la sanction était applicable parce que la mesure portait sur un objet de la police municipale ; sauf texte contraire, elle ne l'était pas dès lors que le règlement ne portait sur aucune de ces « matières », même si, pris en vertu d'une « délégation législative », il était incontestablement légal (ont ainsi été sanctionnés des ordonnances et des décrets pris par le chef de l'Etat en vertu « d'une délégation » lorsqu'ils concernaient « une matière confiée par les lois au pouvoir réglementaire de l'autorité municipale » : V. Cass. crim. 17 avril 1856 (police des théâtres), S. 1856, I, p. 477 ; — 22 juillet 1875 (eaux minérales), Bull. n° 233, p. 445 ; — 3 mars 1877 (boulangers), S. 1877, I, p. 389, car à cette époque toutes ces matières relevaient de la compétence des autorités municipales ; au contraire, n'étaient pas sanctionnés les règlements d'application des lois ne « rentrant manifestement pas dans les matières de police confiées au pouvoir réglementaire de l'autorité municipale » : V. Cass. 13 décembre 1851, rapp. NOUGUIER, S. 1852, I, p. 371, à propos de la presse ; — 23 octobre 1866, rapp. TANON, S. 1866, I, p. 493, à propos des cultes) ; lorsque le règlement était pris en vertu d'une « délégation législative », il n'était pas dit « de police » mais qualifié de « règlement d'application d'une loi », même si de toute évidence il s'agissait d'un règlement de police.

Cette habitude de langage, extrêmement révélatrice, n'était pas propre à la doctrine pénaliste et à la jurisprudence judiciaire. H. BERTHELEMY lui-même, par exemple, la partageait : « la sanction édictée par l'article 471-15^e n'est pas réservée, disait-il, aux seuls règlements de police des autorités administratives. La Cour l'accorde également aux décrets du chef de l'Etat pris en vertu d'une délégation spéciale (...) ». La restriction du contenu de la police à celui de la police municipale était tellement installée dans les esprits que l'auteur n'appréhendait même pas les arrêtés réglementaires pris sur la base de l'article 9 de la loi du 3 mai 1844 « pour déterminer le temps où il est permis de chasser », comme des règlements de police, mais comme des « règlements pris en vertu d'une délégation spéciale » (V. aussi la note de MESTRE précitée au S. 1902, I, p. 378, et la note sous Cass. crim. 31 décembre 1903, *Knittel*, D. 1904, I, p. 283).

Actuellement, le juge judiciaire semble se réserver davantage au but qu'à l'objet de la mesure pour décider de l'applicabilité de la « sanction de police ». Mais la trace de tout ce passé se retrouve en ceci qu'il ne sanctionne un décret simple pris par l'une des deux autorités administratives suprêmes sur la base de leurs pouvoirs propres que s'il vise un but de police municipale au sens où il l'entend, et alors même que ces considérations de but ne devraient jouer aucun rôle compte tenu du libellé de l'article R. 26-15^e du code pénal. (V. R. MERLIN et A. VITTE, *op. cit.*, p. 159, § 151 : « Pour les décrets simples, les ordonnances du préfet de police, les arrêtés ministériels, préfectoraux, la sanction pénale doit être cherchée dans l'article R. 26-15^e du code pénal » ; cependant, nous avons noté que, par exception, le juge judiciaire sanctionne tout de même des règlements dont le but ne semble plus rentrer dans l'objet ou le but de la police municipale (voir *supra*, Sect. I, § 1, C, n° 109, note 46).

bles au public et les conditions normales extérieures y sont intéressés »¹².

Une autre conséquence de cette confusion entre le régime et la notion de police a été d'exclure de cette dernière les polices spéciales.

128. — 3. Ainsi, Hauriou lui-même franchissait aisément la frontière entre la question des droits de la police et celle de sa définition, comme en témoigne le rapprochement de deux de ses réflexions : décrivant la police par la limite de ses pouvoirs à l'encontre de la propriété et montrant qu'elle ne pouvait atteindre les faits incommodes aux seuls voisins, il expliquait : « il existe au sujet de certains de ces faits gênants pour les voisins des polices spéciales »¹³ ; mais, à propos de l'une d'elles, celle instituée par la loi du 10 juillet 1894 et relative au raccordement des immeubles privés au tout-à-l'égout, il indiquait que son exécution par la voie réglementaire « dépass[ait] la police »¹⁴.

Bien que formulée sous forme d'incidente, cette réflexion est éloquent ; non pas tellement parce qu'elle émane d'un auteur développant par ailleurs une conception très large de la police¹⁵, mais parce qu'elle illustre la réduction mentale dont souffre, de façon ambiante, le concept de police. L'épithète « spécial » recelait en effet plus de signification que de nos jours. Il ne voulait pas seulement dire que les « polices » qu'il qualifiait s'opposaient à la « police générale » : il impliquait que ces « polices » étaient à mettre à part parce que leurs régimes, déterminés par des textes particuliers, ne soulevaient généralement pas de difficulté pratique fondamentale ou spécifique ; ils tranchaient en tout cas nettement sur celui de la vraie police, c'est-à-dire de la police municipale. On hésitait, dès lors, à assimiler leur nature à celle de cette vraie police, sauf, tout de même, à les intégrer parfois dans ce concept, à la faveur d'une notion de police « au sens élevé » par exemple. En tout état de cause, cette distinction unanimement admise entre « règlements de police » et « règlements d'exécution des lois » apparaît tout à fait probante.

Son effet restrictif est évident : si le règlement d'exécution de la loi imposant le raccordement à l'égout « dépassait la police »,

¹² *Op. cit.*, p. 24.

¹³ Note sous Cass. crim. 22 juin 1900, *Dujardin*, S. 1901, I, p. 378 : « La police, écrivait-il, est cantonnée dans la rue, elle y surveille, non seulement tout ce qui se produit dans la rue, mais tout ce qui peut être perçu de la rue. Elle écoute les bruits des maisons, elle regarde par les fenêtres et par-dessus les murs de clôture, elle hume les exhalaisons ; elle a bon ouïe, bon œil, bonne narine. Elle ne peut pas toujours atteindre les faits qu'elle perçoit ainsi, son pouvoir se heurte souvent à celui de la propriété privée ; ce qui est sûr, dans tous les cas, c'est qu'elle n'a même pas à se préoccuper des faits qui, se produisant à l'intérieur d'un immeuble privé, peuvent gêner les voisins, mais ne constituent ni une gêne ni un danger pour la rue (...) ».

¹⁴ Note sous C.E. 9 mars 1900, *Boucher d'Argis*, S. 1901, III, p. 1.

¹⁵ *V. supra*, Titre I, Chap. I, Sect. II, n° 50 et s.

alors qu'il s'agissait là de salubrité publique, c'est que l'on ne voyait pas la limite de la notion seulement dans l'objet ou dans les buts de l'acte, mais surtout dans un certain type de pouvoir, respectueux de la liberté individuelle et de la propriété, limité au strict minimum nécessaire pour que la vie sociale libérale fût possible. L'exclusion des polices spéciales devait logiquement accélérer le phénomène de la restriction de la notion : le règlement autonome des autorités municipales étant de plus en plus sévèrement contrôlé par le juge, l'administration, pour mener à bien sa mission, devait de plus en plus fréquemment se faire spécialement habilitée par le législateur, même dans des domaines qui autrefois relevaient du « pouvoir municipal »¹⁶.

Les conséquences pourtant inévitables de cette distinction, de cette réduction de la police à la police municipale, de cette confusion entre l'essence et l'existence de la police, n'étaient cependant pas explicitement formulées car elles étaient en réalité inadmissibles sur un plan rationnel. Mais tant que le problème du critère de la notion de réglementation de police n'était pas posé, la concurrence de ces pseudo-critères ne pouvait déboucher que sur des incertitudes sans issue possible car aucun ne jouissait d'un titre supérieur aux autres pour trancher le débat de façon certaine.

Néanmoins, au delà des divergences ponctuelles qu'engendrait le choix de tel ou tel de ces pseudo-critères pour qualifier telle réglementation particulière, on peut aujourd'hui, *a posteriori*, dégager une sorte de consensus général de la doctrine sur les caractères généraux que devait revêtir une norme pour être communément considérée comme une police.

B. LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA NOTION DE RÈGLEMENT DE POLICE A LA FIN DE LA PHASE DE RESTRICTION

129. — Il est clair, au terme de la période étudiée, que les limites de la notion de réglementation de police ne sont pas d'ordre juridique. Cependant, tous les critères techniques que les auteurs

¹⁶ A propos de l'évacuation des eaux usées, MEYRE, dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 31 décembre 1903 (aff. *Knittel*, D. 1904, I, p. 281), cite une jurisprudence ancienne qui tenait pour légalement faits des règlements relatifs à cette question, alors même qu'ils devaient s'appliquer à l'intérieur des propriétés privées : Cass. crim. 12 mars 1852, D.P. 1853, V. p. 477 ; — 18 août 1860, D.P. 1860, V. p. 33 ; — 15 juillet 1864, D.P. 1865, I, p. 43. Par la suite, au contraire, ces questions ont été réglées par des lois spéciales, notamment celle du 10 juillet 1894 et celle du 15 février 1902 ; sur l'ensemble de cette question, V. GUERLIN de GUER, *Pouvoirs des maires d'après la loi du 15 février 1902*, Thèse Caen 1902 ; SERGENT, *Pouvoir de police municipale en matière de salubrité publique*, Thèse Paris 1906 ; JOUARRE, *Des pouvoirs de l'autorité municipale en matière d'hygiène*, Thèse Paris 1899 ; G. AMAT, *Pouvoir et rôle du maire au point de vue de la protection de la santé publique*, Thèse Paris 1905.

ont proposés présentent un dénominateur commun qui est, lui, d'ordre politique : *sont généralement considérées comme normes de police celles qui correspondent aux seules interventions d'un Etat libéral de type assez pur.*

Si, à la fin de cette phase de restriction, la majeure partie de l'activité administrative relève de la police, c'est justement parce que toutes les interventions de la puissance publique de cette époque sont celles-là seules qui apparaissent politiquement tolérables aux yeux des contemporains, dans la mesure où elles cantonnent l'administration dans un « rôle de police ». Il est donc logique que le concept de police se limite aux seules interventions conformes aux valeurs de la société libérale¹⁷.

On en trouve une confirmation chez tous les auteurs qui, au lieu de proposer un critère de la notion, en ont indiqué la philosophie politique.

1. De façon toujours très pittoresque, Hauriou expliquait que « la police, comme la médecine — du moins celle de son époque — emploie une thérapeutique qui tend uniquement à faire disparaître les symptômes ; elle n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social ; elle se contente de rétablir l'ordre matériel et même, le plus souvent, l'ordre dans la rue »¹⁸. Larnaude énonçait, de façon analogue, que « les fonctions économiques, la fonction de civilisation doivent être écartées [de la police] ; quand l'Etat pourvoit au bien-être, aux intérêts économiques, moraux, religieux, politiques, il ne fait pas de police »¹⁹. Blaëvoët ajoutait : « la police ne s'occupe pas d'assurer le bien-être des individus, mission qui appartient au législateur et à l'administration »²⁰. Le seul type de tâches qu'on

Sur "Mission d'Etat" dépend "police".

17 Il faut en outre tenir compte de la survivance à cette époque du concept de « police administrative » au sens du XIX^e siècle, c'est-à-dire de cette notion qui, quelle qu'elle ait été l'évolution de la police municipale, recouvrait encore, dans certains esprits, la totalité de l'action administrative (voir Répertoire BÉQUET cité au n° 42, note 2).

18 Précis, 11^e éd., p. 445. Il ajoutait : « La police ne pourchasse pas les désordres moraux, elle est pour cela radicalement incompétente ; si elle essayait, elle verserait immédiatement dans l'inquisition et dans l'oppression des consciences ». Cependant, nous avons vu que la moralité était un but admis pour la police au début du XIX^e siècle. (V. supra n° 48, note 54).

19 Cours de Droit Administratif, 1904-1905, cité par BLAËVOËT, op. cit., p. 26 et s. Cet auteur, commentant la réflexion de LARNAUDE, écrit : « C'est ce que l'on appelle en allemand « Pflege » par opposition à « Polizei ». V. dans le même sens la note du doyen HAURIU sous T.C. 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, S. 1900, III, p. 49, dans laquelle l'auteur oppose les fonctions économiques réservées à l'initiative privée et les activités qui ont un « but de police, c'est-à-dire un but politique ». V. aussi les concl. de TEISSIER sur C.E. 2 février 1906, Chambre syndicale des établissements de bains de Paris.

20 Op. cit., p. 17. Dans le même sens que ces auteurs, V. MIRIEL (op. cit., p. 4) : « La police nous apparaît comme une partie de la puissance publique ayant pour but de protéger les personnes et leurs biens contre les maux ou les dangers qui peuvent les atteindre (...) ».

lui concédait consistait, selon une formule caricaturale mais expressive, à « chasser du trottoir mendiants, camelots et souteneurs »²¹ !

Quand on compare ces réflexions à celles qui, sous l'Ancien Régime ou même un peu plus tard, donnaient comme fondement à la police « l'idée de sociabilité » (Nicolas Delamare), en faisaient « l'âme de la cité », lui donnaient comme but « sans autre restriction, « l'utilité publique » (Loyseau), et la chargeaient de « procurer tous les biens nécessaires aux citoyens » (Nicolas Delamare) et « tout ce qui importe au bien-être habituel et au confort du peuple » (Vivien)²², on mesure la portée du renversement réalisé en un peu plus d'un siècle.

Mais ce qu'il faut retenir, en dehors du phénomène de restriction, ce sont les linéaments essentiels de la notion libérale de police : elle se caractérise tout à la fois par sa finalité sociale et par son régime car, étant un pouvoir dangereux mais nécessaire pour la Liberté, il faut la concevoir et l'organiser d'une façon telle qu'elle remplisse sa mission sans l'outrepasser : *il faut réduire son concept à ce que l'on a accepté qu'elle soit politiquement* : la part du pouvoir que la société libérale a conféré à la puissance publique pour maintenir l'ordre social « naturel » contre toutes les forces nuisibles²³ qui pourraient le compromettre, pour protéger la Liberté contre ses excès mais aussi contre les propensions naturelles du pouvoir²⁴ et — *perinde ac cadaver* — pour défendre la propriété

21 PERRINJAQUET, op. cit., p. 23.

22 V. supra, n° 40 et 48.

23 L'idée que la police ne s'occupe principalement que des activités nuisibles est en effet caractéristique de cette période. O. MAYER, par exemple, écrivait : « Le bon ordre est un état général de la société dans lequel les forces sociales sont compromises le moins possible par des effets nuisibles. En distinguant les divers côtés de cet état, selon les différentes espèces d'effets nuisibles qui le menacent, on a les notions de la tranquillité, de la sûreté, de la salubrité, de la moralité publique et l'ordre public dans le sens spécial (c'est-à-dire, semble-t-il, du bon ordre au sens de la police opposé à l'ordre social en général). Droit Administratif Allemand, édition française, T. II, p. 17, cité par PERRINJAQUET, op. cit., p. 21. V. aussi, supra, note 20, la formule de MIRIEL. V. aussi les formules de l'article 5 de la Déclaration de 1789 : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » et du Titre I^{er} de la Constitution du 3 septembre 1791 : « ... la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société » ; cette affirmation ne concerne pas spécialement la police, mais elle marque les limites d'exercice du règlement de police et, par suite, ses limites conceptuelles.

Sur la notion d'« ordre naturel », V. les développements de CLAPS-LIENHARDT (op. cit. passim).

24 C'est là une des raisons pour lesquelles la police de cette époque est conçue comme un pouvoir qui, par nature, doit être éparpillé entre 38 000 autorités pour être mieux limité ; le concept de police, pour cette raison supplémentaire, tend donc bien à être réduit à ce que l'on accepte qu'elle soit : un pouvoir essentiellement municipal.

envers et contre tout²⁵, pour enfin garantir l'Etat, lui-même garant de cet ordre, contre les entreprises subversives²⁶.

Bien qu'elles ne soient pas juridiquement opératoires, ces lignes de force nous semblent essentielles car la notion moderne de police s'est forgée puis stabilisée dans le contexte de l'Etat-Gendarme. *Elle n'était pas par essence libérale, mais elle l'est devenue; et, depuis lors, elle a eu tendance à le rester car, malgré l'extension contemporaine des pouvoirs normatifs de la police, la pensée juridique dominante n'a guère accepté d'étendre la notion jusqu'au point où cette extension semblait cependant l'exiger.*

§ 2. LA PHASE D'EXTENSION

L'extension des pouvoirs de police depuis le début de ce siècle est relativement incontestable. Pour la démontrer, il faudrait ici aussi se livrer à une analyse comparative de la jurisprudence et surtout des textes; mais nous achopperions, là encore, sur le défaut d'un critère de qualification. En tout cas, on pourrait *a priori* tenir cette extension de la notion pour plausible: dès lors, en effet, — ce qui n'est plus à démontrer — que les pouvoirs normatifs de l'administration se sont considérablement renforcés depuis le début de cette phase et que presque toute cette activité normative s'analysait comme relevant de la police, les pouvoirs de police et par conséquent le contenu de la notion ont dû logiquement s'étendre.

En réalité, l'extension de la notion même de police n'a pas été strictement corrélatrice. En effet, la notion de police s'étant fixée sous sa forme libérale, les pouvoirs nouveaux — dont l'apparition a marqué le passage de la société libérale à la société post-libérale — n'ont pas pu s'agréger à cette notion; et il a fallu, pour rendre compte de l'extension de ces pouvoirs, recourir à d'autres concepts.

On le comprendra mieux en examinant d'abord les modalités de l'extension (A) puis en décrivant la physionomie actuelle, dans l'opinion dominante, de la notion de réglementation de police (B).

25 V. p. ex. C.E. 5 mai 1899, S. 1899, III, p. 89, note HAURIU: dans cet arrêt le Conseil d'Etat refuse au maire le droit de prendre un règlement permanent propre à prévenir les épidémies parce qu'il compromettrait trop gravement le droit de propriété. V. aussi, C.E. 18 mars 1898, *Delle Nonalhier* (ou *Noualhier*), S. 1899, III, p. 1, note HAURIU: le maire ne peut pas interdire, dans l'intérêt de la santé publique, de transformer une habitation privée en clinique de tuberculeux; HAURIU estimait que si cette activité s'avérait dangereuse, les victimes n'avaient qu'à invoquer la responsabilité civile de l'intéressée. Sur l'ensemble de la question, V. J. LAFERRIERE (*op. cit.*).

26 Voir LARNAUDE (*ibidem*): «La mission de la police est particulièrement une mission de protection pour les personnes, pour les biens, pour l'Etat». C'est l'existence d'une «police générale» au sens de cette époque qui empêchait de réduire franchement et totalement la notion de police administrative à celle de police municipale.

A. LES MODALITÉS DE L'EXTENSION

On sait que tous les secteurs de la vie sociale comme le commerce, l'industrie, l'économie, l'agriculture, la santé publique, la construction, l'urbanisme, etc. étaient exclusivement autrefois l'objet de réglementations de police. Or, de nos jours, la police n'intervient plus, dans ces domaines, que concurremment avec d'autres types de réglementations.

Plus que les transformations techniques du règlement de police (1°), ce sont celles qui se sont manifestées dans les rapports entre l'Etat et la Société (2°) qui ont engendré ces nouveaux concepts.

1° Les transformations techniques du règlement de police

130. — Une synthèse rapide des monographies qui ont été consacrées à chacun des objets énumérés ci-dessus montre que l'évolution a généralement obéi aux mêmes mécanismes²⁷.

La souche commune de ces règlements nouveaux est presque toujours municipale. En effet, les nécessités d'une administration plus moderne ont d'abord obligé à harmoniser les trente-huit mille polices locales, à vaincre leurs carences ou à pallier leurs incompétences juridiques ou pratiques. Ces nécessités ont provoqué un profond mouvement de centralisation des compétences, de spécialisation des interventions, de renforcement des contraintes, d'adaptation des procédés, de diversification des buts visés.

Des polices spéciales ont donc été créées au profit des préfets ou des ministres par un phénomène de scission parité des éléments de l'ordre public municipal²⁸. L'ordre public a tendu lui-même à annexer les buts qui lui sont matériellement connexes et à se transformer par là en intérêt général: ainsi, par exemple, les exigences de la salubrité publique ont débouché sur celles, plus contraignantes, de l'hygiène puis de la santé publiques; le souci de l'alignement des rues et de la sécurité des constructions qui les bordent s'est complété d'une volonté d'aménager toute la cité puis tout le territoire²⁹; la «commodité de la circulation» a été le

27 Pour un tableau de cette évolution, V. A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, T. III; Pour une synthèse plus ramassée des transformations de l'administration, V. R.E. CHARLIER, *Les fins du droit public moderne*, R.D.P. 1947, p. 134 et s., ou J. RIVERO, *A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: démocratie et administration*, dans *Mélanges SAVATIER*, not. p. 824 et s.

28 Sur cette idée, V. M. HAURIU, *Précis de Droit Administratif*, 11^e éd., p. 493; L. J. CHAPUISAT, *op. cit.*, not. p. 55.

29 V. G. VEDEL, *Le permis de bâtir*, R.D.P. 1937, p. 74 et s. V. aussi J.M. AUBY, *L'Etat et la propriété immobilière depuis la fin du XIX^e siècle*, A.J. propriété immobilière 1953, I, p. 563; A. de LAUBADÈRE, *L'évolution de la notion juridique d'urbanisme*, dans *Mélanges LARDE-LACOSTE*, p. 275.

point de départ et, dans une certaine mesure, le prétexte d'une extension des compétences de l'autorité locale pour réglementer les transports de voyageurs, puis, au profit d'autres autorités et en vertu de textes spéciaux, pour coordonner tous les transports sur une échelle beaucoup plus large³⁰; la protection de la « fidélité du débit » puis la lutte contre la « hausse factice des prix » au niveau local se sont prolongées d'une réglementation des prix au niveau national puis d'une politique gouvernementale tendant à une croissance harmonisée et planifiée de toute l'économie³¹; on ne se préoccupe plus seulement de la propreté de la rue, de l'eau ou de l'air, de la protection des sites naturels, de la faune et de la flore : on cherche à créer un ordre écologique³²; de la vérification des poids et mesures on a accédé à la répression des fraudes puis à la défense du consommateur et de la qualité des produits³³, etc. Or cette propagation des pouvoirs normatifs d'un but à l'autre s'est traduite par une absorption progressive des textes de police spéciale dans des législations désormais étrangères à l'idée de police³⁴. Mais, ce qui frappe le plus dans cette évolution, c'est le changement des rapports entre l'Etat et la Société.

2° La transformation des rapports entre l'Etat et la Société

131. — En étendant son champ d'intervention quant aux buts, aux personnes ou aux activités, la réglementation a modifié sa finalité sociale. On ne peut plus dire : « que l'Etat assure l'ordre, l'initiative privée fera le reste »³⁵, car, à l'idée d'un ordre social naturel, fruit du libre jeu des forces vives de la société, s'est substituée la nécessité d'un ordre tout entier assumé par l'Etat³⁶.

1. Ainsi, ses interventions ont survécu aux crises qui les ont engendrées, et, en se perpétuant, elles ont élargi leur emprise. La

³⁰ V. R. RODIÈRE, *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis Dalloz.

³¹ Sur cette évolution, V. A. de LAUBADERE, *Droit public économique*, Précis Dalloz 1974.

³² V. J. LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, L.G.D.J. 1973, notam. p. 567.

³³ V. CH. RIBAUT, *La défense du consommateur par le service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité*, Problèmes Economiques 12 février 1972, n° 1257.

³⁴ V. par ex. G. LIET-VEAUX, *J.-Cl. A.*, Fasc. 445, p. 22, n° 233 : « Ainsi semble se poursuivre la politique d'absorption de la législation de la protection des sites, sinon des monuments historiques, par les règles d'urbanisme ».

³⁵ G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, 1949, p. 6.

³⁶ Compar. la notion d'ordre public vue par M. CLAPS-LIENHART, *L'ordre public*, Thèse Lyon 1934, et par P. BERNARD (*op. cit.*, 1962) : ce dernier écrit notamment : « Une définition toute négative de l'ordre qui se réaliserait exclusivement par l'absence de troubles (...) est une notion foncièrement libérale mais qui ne peut tout de même satisfaire pleinement le besoin naturel de paix ni répondre aux exigences d'hommes du xx^e siècle qui ont pu, à maintes reprises, amèrement constater que l'absence de troubles ne s'identifie que rarement à l'état de paix, ou en définitive à l'ordre » (p. 11).

réglementation n'est plus ponctuelle, mais permanente et globale; elle ne se préoccupe plus des seules activités « nuisibles », mais de toutes les activités sociales; ainsi, au lieu de se borner à prohiber ou à enjoindre, l'administration normalise, institue des disciplines, délivre des licences, confère des statuts homologues, planifie³⁷. Même les rapports de droit privé n'échappent pas à la puissance publique³⁸ : il ne lui suffit plus d'interdire certaines clauses ou d'en proposer d'autres : elle les dicte et oblige à contracter³⁹, si bien que la liberté ne trouve à s'exercer que dans les interstices de plus en plus rares et étroits d'un tissu normatif extrêmement dense. Pratiquement, la liberté n'est plus le principe mais l'exception.

2. Il ne faut pas croire cependant que la liberté et l'autorité entretiennent exclusivement des rapports d'opposition; en s'intéressant davantage aux activités socialement utiles, l'administration fait preuve, à leur égard, d'une certaine sollicitude : il ne s'agit plus de rendre possible la liberté en la protégeant de ses excès, mais de lui accorder les moyens de s'exercer et, par là, de l'orienter en lui indiquant ses buts ou bientôt en les lui assignant, lorsqu'il apparaît une correspondance objective entre l'intérêt individuel ainsi orienté et l'intérêt général⁴⁰.

De la sorte, la contrainte devient moins sensible mais beaucoup plus insidieuse, diffuse et efficace aussi : l'administration cherche davantage à dissuader qu'à interdire, à inciter qu'à prescrire, à informer⁴¹ ou prévenir qu'à menacer ou réprimer. La collaboration qui s'établit entre la puissance publique et certaines activités fait qu'elle agrée plus qu'elle n'autorise, qu'elle aide plus volontiers

³⁷ « Les autorités publiques ne se bornent plus à édicter des interdictions, à prescrire des mesures négatives. Elles sont de plus en plus amenées à imposer des obligations positives, à élaborer des législations ou des réglementations constructives. Cette évolution, que la notion de planification est venue couronner en matière de police économique, se marque même dans le domaine de la police générale et le code de la route en constitue une illustration frappante » : concl. FOURNIER, sur C.E. 5 janvier 1968, *Chambre syndicale patronale des enseignants de la conduite des véhicules à moteur*, R.D.P. 1968, p. 921.

³⁸ Sur la publicisation du droit privé, V. J. RIVERO, *Droit public et droit privé*, D.H. 1947, chron., p. 69 : l'auteur montre les différents stades de cette évolution : l'annexion, le protectorat, l'encerclement, l'infiltration. V. aussi G. RIPERT, *op. cit.* H. MAZEAUD, *Défense du droit privé*, D.H. 1946, chron., p. 17. Pour un point de vue différent, V. J. DANNEDIEU de VABRES, note au D. 1944, p. 54.

³⁹ V. P. DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 73. V. aussi P. RONGEAU, *Le procédé de l'acte-type*, préf. J. RIVERO, L.G.D.J., coll. Bib. D. Pub., T. 84, qui montre la progression de la formule du contrat-type au contrat dont les clauses sont obligatoires, puis au règlement totalement unilatéral : V p. 173 à propos de la police des lotissements.

⁴⁰ V. *infra*, n° 238, à propos de la théorie du service public virtuel.

⁴¹ Pour un exemple de substitution du procédé de service public au procédé de police, V. Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 1972, *O.R.T.F.*, et T.G.I. Paris, 29 juin 1973, *Soc. Anom. DIM*, D.S. 1973, p. 614, note J. CHEVALLIER : l'administration, pour lutter contre les hausses des prix, ne se borne plus à réglementer, mais tente également d'informer le public.

qu'elle n'entrave⁴². Après avoir diversifié ses formes, le procédé strictement normatif atteint lui-même certaines limites : l'administration fournit elle-même la prestation au lieu de la requérir ; elle fait suivre ses agréments d'un contrôle et précéder ses décisions d'une négociation ; elle décrète moins et contracte davantage⁴³. En un mot, elle réalise mieux ses objectifs en servant qu'en « fulminant »⁴⁴.

Cette évolution n'a cependant pas relégué le procédé normatif. Celui-ci reste au contraire le mode d'action privilégié de l'administration, même lorsqu'elle a décidé de se substituer à l'initiative privée ou lorsqu'elle a confié certaines de ses tâches à des personnes privées. En ce cas, on constate même que l'administration centrale, après avoir concentré le pouvoir normatif au détriment des collectivités locales, le redistribue au profit d'organisations sociales, publiques ou privées⁴⁵.

Dans cette symbiose entre l'Etat et la Société, il est évident que la réglementation n'intervient plus subsidiairement pour suppléer les défaillances de l'ordre naturel en maintenant ou en rétablissant l'ordre public négatif : l'Etat est devenu le pourvoyeur d'un ordre public, « constructif », « positif » ou « dynamique ». La réglementation n'est plus la « thérapeutique » (Hauriou) du corps social : elle en constitue l'ossature et l'administration le cerveau, car, si celle-ci n'assure pas chaque fonction sociale, elle les assume pratiquement toutes. L'ordre public n'est plus la condition permissive de l'ordre social : il en est un élément constitutif. On peut presque dire que l'ordre social tout entier est devenu d'ordre public.

Bien sûr, toutes ces nouvelles interventions n'apparaissent pas réductibles à l'idée de police, bien qu'elles en émanent toutes à l'origine. La police fait même figure de procédé accessoire et quelque peu vieillot de ces missions administratives⁴⁶.

Il nous appartient donc de chercher maintenant à déceler où se situent, dans cette progression continue, les changements qualitatifs.

⁴² Sur le passage de la police au service public lorsque l'autorisation se transforme en agrément, V. J. GEORGEL, *L'agrément administratif*, A.J.D.A. 1962, p. 467 ; A. DEMICHEL, *op. cit. passim* ; Ph. BRAUD, *op. cit.*, not. p. 106 ; F. BATAILLER, art. précité, dans R.D.P. 1965, p. 1051 et s. Sur l'ensemble de la question, V. P. LIVET, *op. cit.*, p. 59 et s. ; l'auteur manifeste plus de réticences sur le bien-fondé de la transformation de l'activité privée en service public ; dans le même sens, V. J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 110.

⁴³ En matière d'urbanisme, V. F. d'ARCY et Y. PRATS, *La notion de concertation dans la loi d'orientation foncière et dans son application*, A.J.D.A. 1969, p. 328 ; en matière économique, V. J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. II, p. 107 et s. et L.-Ch. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, Thèse Paris 1972, multigraph.

⁴⁴ R.E. CHARLIER, *La technique de notre droit est-elle appropriée à sa fonction ?* E.C.D.E. 11951, p. 37.

⁴⁵ Sur cette évolution, V. J.P. NÉGRIN, *op. cit.*

⁴⁶ C'est là l'opinion notamment de M. A. de LAUBADÈRE, en matière d'urbanisme par exemple (*op. cit.*, T. II, p. 408, § 801) ; ou de M. LAMARQUE, en matière d'environnement (*op. cit.*, p. 557 et s.).

B. LA PHYSIONOMIE ACTUELLE DE LA NOTION DE RÉGLEMENT DE POLICE

A considérer l'ensemble de la doctrine, on voit bien quels sont les contours généraux de la notion (1°) ; mais, dans le détail de son contenu, ses limites apparaissent en définitive aberrantes (2°).

1° La relative netteté des contours de la notion

132. — Les deux termes de l'évolution que nous avons tracée à grands traits attestent que la police, en approfondissant ses exigences, en étendant son emprise, en diversifiant ses buts et ses procédés et surtout en modifiant ses rapports avec les destinataires de ses normes, change de nature. Autrement dit, en se perfectionnant, la police se métamorphose en un autre concept, que ce soit « la réglementation économique », « la réglementation professionnelle » ou « la réglementation » tout court lorsque l'on ne sait pas la qualifier ; que ce soit, plus généralement encore, « l'interventionnisme » ou « le dirigisme » ou, plus précisément, « la gestion du domaine public », « le contrôle administratif » ou, pour conclure l'évolution, « la réglementation de service public ». Mais nulle part on n'observe un « saut qualitatif brusque » qui permettrait d'affirmer : ceci est de la police, cela n'en est plus. Il n'y a que des dégradés ou une gradation. Le règlement de police se reconnaît à un certain climat juridique et politique. Les ruptures, s'il y en a, ne sont pas techniques, mais purement conceptuelles, implicites et historiques : elles ne se saisissent que dans le long terme, lorsqu'il est devenu évident que les rapports entre la puissance publique et ses assujettis se sont suffisamment transformés.

133. — 1. Cela permet de comprendre que la notion de police est liée, dans l'opinion dominante, aux formes que revêtent les interventions d'un certain type d'Etat, l'Etat libéral. Dès qu'il cesse en effet de protéger l'ordre existant pour l'amender ou le changer, l'Etat « dépasse son rôle de police »⁴⁷, car, pour l'idéologie libérale, il tend à se substituer à la Société ; lorsque la réglementation se fait l'instrument plus ou moins actif d'une fonction sociale au lieu de se borner à en garantir les conditions minimales d'exercice par les particuliers, elle ne relève plus de la police⁴⁸. Le concept est

⁴⁷ V. p. ex., L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'Etat juge du fait*, Thèse Paris 1932, p. 364 : « Le temps n'est plus (...) où l'on pouvait écrire que la jurisprudence administrative s'efforce de cantonner l'activité étatique dans un rôle de police, proscrivant les interventions à fins économiques » (cité par D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 238).

⁴⁸ Sur cette évolution, V. P. BERNARD, *op. cit.*, et J.L. COSTA, *op. cit.* V. aussi N. QUESTIAUX, concl. sur C.E. 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre*, R.D.P. 1964, p. 1023 : « A la différence de la plupart des régimes d'autorisation qui poursuivent des buts de police ou de santé distincts de l'activité propre aux personnes privées, le but avoué de l'intervention de l'Etat [en matière pétrolière] était l'organisation de l'activité économique en cause et non une organisation négative, du type des licences d'importation ».

associé à un mode d'intervention rudimentaire et négatif : la police est conservatrice, tout autant que la notion est libérale⁴⁹.

— La tentation première consistant à intégrer les nouvelles interventions dans ces concepts bien vagues d'« interventionnisme » ou de « dirigisme »⁵⁰ traduit de façon flagrante cette réaction libérale vis-à-vis de l'extension des pouvoirs administratifs dans un domaine — la liberté du commerce et de l'industrie — que le libéralisme le plus susceptible considérerait comme réservé. Mais aucune objection d'ordre technique ne devrait empêcher de voir dans la partie prescriptive de cet interventionnisme une simple extension ou une aggravation des polices considérées : la seule raison du changement de dénomination — qui est insuffisante du point de vue de la technique juridique — tient à ce que la police, en cessant d'être libérale, cesse d'être une police. Or, même lorsqu'elle devient interventionniste, la police devrait rester une police, tout comme le service public reste un service public même quand il perfectionne ses prestations.

— De la même façon, lorsque l'intervention n'est plus ponctuelle, limitée ou dictée par l'immédiate nécessité, mais globale, cohérente et volontariste, la police se transmute en « politique » de ceci ou de cela⁵¹.

49 V. p. ex. J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 108 : « L'ordre public est essentiellement municipal et a pour seule fin de maintenir l'état de choses existant ». Cependant, F. BATAILLER, qui, par ailleurs, souligne le dépérissement de l'idée de police au-delà d'un certain degré d'évolution, accepte la transformation de l'ordre public lui-même et, par suite, de la police : « Le pouvoir de police ne sert plus seulement à organiser l'exercice des libertés publiques : il est désormais devenu le moyen d'instaurer un ordre nouveau, évolutif et dynamique. Dès lors, l'ordre public se transforme : ordre essentiellement conservateur à l'origine, il devient créateur et sert à protéger les intérêts des particuliers ou de certaines catégories sociales ou professionnelles. Le but de la réglementation devient économique (alors qu'auparavant seul l'objet l'était) ». Mais cette évolution, admise dans le détail, ne l'est pas vraiment pour la notion en général.

50 Sur ces concepts d'interventionnisme et de dirigisme, V. J. RIVERO, *Action économique de l'Etat et évolution administrative*, Rev. Economique 1962, p. 887 et s.; Fr. DREYFUS, *op. cit.*, p. 108 et s., et *L'interventionnisme économique*, P.U.F., Thémis 1971; J. de SOTO, *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, E.D.C.E. 1952, p. 64 et s.; A. de LAUBADERE, *Droit public économique*, 1^{re} éd. 1974, § 26, 27, 303 et s.; M.S. KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats - Etude de droit comparé (France, Egypte, U.R.S.S.)*, préf. R. DAVID, L.G.D.J. 1967, coll. Bib. D. Privé, T. 77.

51 V. p. ex. : C. WIENER (*op. cit.*, p. 119) : « En matière de police sanitaire notamment la notion traditionnelle de salubrité est maintenant entendue suivant une acception beaucoup plus large et se rattache à la politique générale d'aménagement du territoire »; Fr. DREYFUS (*op. cit.*, p. 47, note 3) : « Il nous semble extrêmement important de faire une distinction entre les mesures de police concernant une matière économique et les mesures de politique économique, c'est-à-dire visant un but économique, qui marque l'avènement de l'interventionnisme »; dans le même sens, V. J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 102; M. LABETOUILLE, concl. sur C.E. sect., 4 mars 1977, *Ministre de l'Equipement c. Soc. Anon. Constructions SIMOTTEL et Ministre de l'Equipement c. Consorts Guillerot*, A.J.D.A. 1977, p. 315 : « A l'origine, sous l'empire des lois des 14 mars 1919 et 18 juillet 1924 (...) »

Cette transmutation doit globalement être comprise de la même façon. Les deux mots de « police » et de « politique » ont, à l'évidence, une origine étymologique commune; et M. Hauriou, comme nous l'avons déjà noté, associait les activités qui ont un « but de police » à celles qui ont un « but politique »⁵². Par conséquent, les polices et les « politiques », au sens où nous l'entendons ici, remplissent la même fonction générale d'« aménagement harmonieux de la cité »; et le changement de l'esprit ou des modalités selon lesquels ces polices sont exercées ne devrait pas, là non plus, provoquer leur disqualification en « politiques ». En réalité, la raison de ce passage d'un terme à l'autre provient d'une fixation sémantique de la notion de police dans notre langue politique et juridique : la police n'est plus politique; dans son inspiration et dans sa détermination, une politique est l'œuvre de la raison gouvernante sur la nature sociale; dans son moteur et dans son contenu, la police n'est plus maintenant que la réaction circonstancielle d'une éthique face aux troubles d'un ordre qu'elle veut considérer comme bon parce qu'elle le dit naturel (alors qu'il est en fait le produit d'une révolution, acte éminemment politique...). La police agit dans l'instant parce qu'elle n'a pas d'autre perspective que de parer aux imperfections subsidiaires d'un ordre qu'elle veut placer hors du champ politique pour le soustraire — désormais — à la volonté humaine⁵³; la politique est ambitieuse parce qu'elle se pose comme un projet de cette volonté sur l'avenir du groupe; elle puise sa source dans l'émergence de cette conviction que l'ordre social, parce qu'il est naturel, donc irrationnel, est par essence imparfait; il ne s'agit donc pas pour elle, contrairement à la police, de corriger les

l'intervention administrative [en matière de lotissement] correspondait surtout à une préoccupation de police, à un souci de contrôler une activité privée pour éviter qu'elle ne donne lieu à des abus au détriment des acquéreurs des lots. A l'heure actuelle, l'opération de lotissement s'analyse très largement comme une opération d'urbanisme, il propos de laquelle la puissance publique ne se contente plus de surveiller et de protéger, mais dont elle s'efforce de faire un moyen d'action, un relais de la politique d'urbanisme » (souligné par nous); V. aussi M. RIGAUD, concl. sur C.E. 13 décembre 1968, *Ministre des affaires sociales c. Dame Milcent*, A.J.D.A. 1969, p. 40 et s. : « Assainir un immeuble insalubre, c'est une mesure de police qui vise à faire cesser l'insalubrité par des mesures strictement appropriées (...). Aménager un flot insalubre est une entreprise beaucoup plus vaste qui ne se limite pas à la disparition des causes d'insalubrité, mais tend au contraire au remodelage du secteur. La mission de police disparaît alors devant l'œuvre d'urbanisme » (eod. loc., p. 42).

52 Note précitée sous T.C. 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*; d'ailleurs, la langue anglaise désigne le concept de « politique » par le vocable « policy », plus proche encore du mot « police », lequel, en anglais et en français, s'applique au même concept; en outre, l'expression « ordre public » se traduit en anglais par celle de « public policy », qui signifie encore « intérêt public » ou « intérêt général » (voir HARRAP's DICTIONARY).

53 Ainsi lorsque M. HAURIUO, comme tous les libéraux, oppose l'ordre politique à l'ordre économique, c'est pour mieux contester toute légitimité de l'intervention de la police dans le domaine économique; dans le même sens, V. J. DABIN, *Droit et politique*, dans Mélanges R. SAVATIER, 1965, p. 196.

dérèglements accidentels de cet ordre, mais, délibérément, de lui en substituer un autre, jugé meilleur.

Dans notre contexte contemporain qui valorise le changement et l'action politiques, le mot police apparaît donc politiquement dévalorisé et péjoratif. Ainsi, sauf lorsqu'il s'agit de lutter contre une situation ou une activité qui est unanimement considérée comme néfaste, on voit mal un gouvernement annoncer son intention de mettre en place une nouvelle « police ». Au contraire, même si l'essentiel de son intervention est faite, comme en matière de circulation routière, de textes qui en réalité sont des dispositions de police, il prend soin de la présenter comme la mise en œuvre d'une « politique de sécurité routière »⁵⁴. Réciproquement, les destinataires d'une norme, lorsqu'ils l'acceptent mal, tendent à la qualifier de « police » ; c'est la raison pour laquelle les syndicats parlent volontiers de « police des salaires » à propos de la « politique des revenus »⁵⁵, comme on a parlé de la « police de la langue française » à propos de la loi du 31 décembre 1975 « portant prohibition de l'emploi des termes étrangers en matière de commerce et de droit du travail »⁵⁶.

— Lorsque l'on se penche sur la genèse de la notion de police économique — laquelle ne semble cependant comporter dans la langue juridique actuelle aucune connotation critique —, on s'aperçoit qu'en réalité la relative réactualisation qui s'en est suivie pour la notion de police tout entière a procédé, de façon tout à fait paradoxale, d'une réaction qui tendait en réalité à enfermer la légitimité des pouvoirs de police et de la notion elle-même dans leurs formes purement libérales : en effet, la notion d'ordre public économique, qui constitue la base de celle de police économique, était extrêmement péjorative dans l'esprit de son promoteur, G. Ripert, pour qui la publicisation du droit privé s'analysait comme la manifestation ou la cause principale du « Déclin du droit »⁵⁷ ; si bien que, s'il n'y avait eu cette réaction éminemment libérale face à ces atteintes à la liberté contractuelle, la « police économique » ne serait peut-être jamais née et ces interventions auraient sans doute été directement qualifiées de « réglementations économiques ».

54 V. D. n° 72-608 du 5 juillet 1972 (J.O. 8 juillet 1972), art. 1^{er} : « Il est institué un comité interministériel de la sécurité routière chargé de définir la politique du gouvernement dans le domaine de la sécurité routière et de s'assurer de son application. Il prend les décisions qu'implique la politique qu'il a définie, donne les directives utiles et fait préparer les projets de loi et les mesures réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de cette politique » (souligné par nous).

55 V. « Le Monde » du 9 mars 1976, p. 45, La C.F.D.T. et le VII^e Plan, par J. Roy ; — du 10 septembre 1974, p. 21, Alléger le taux pour expérimenter l'impôt négatif, par G. MATHIEU.

56 Loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 (J.O. 4 janvier 1976, p. 189).

57 V. op. cit., supra et L'ordre économique et la liberté, dans Mélanges GENY 1934, T. II, p. 347 ; dans le même sens, V. J. DABIN, Droit et politique dans Mélanges R. SAVATIER.

— Le cantonnement de la notion de police dans ses formes les plus élémentaires transparait encore dans la circonstance que, lorsque des règles assez simples laissent place à un système de normes plus élaborées ou plus complexes, la police se convertit en « législation ». Cette évolution s'observe, par exemple, à propos de la police des établissements dangereux, incommodes ou insalubres devenue « législation des nuisances » aux yeux de certains spécialistes⁵⁸. On la remarque encore davantage à propos de la réglementation du travail, laquelle, tant que le libéralisme ne consentait à s'occuper que du travail des enfants, portait le nom de « police »⁵⁹ puis, au fur et à mesure qu'elle a élargi son objet et diversifié ses dispositions, s'est muée en « législation industrielle »⁶⁰.

— Enfin, ces polices ou ces législations elles-mêmes, dès qu'elles acquièrent une certaine autonomie quant à leur régime, tendent à se hisser à la dignité d'un véritable « droit » qualifié par son objet, spécialement lorsqu'elles se sont greffées sur le tronc du droit civil comme le gui sur le chêne⁶¹ : l'ancienne police se dissout alors dans un « droit de l'environnement »⁶², un « droit de la construction »⁶³, un « droit économique »⁶⁴, un « droit des transports »⁶⁵, etc.

58 Voir P. GOUSSET, Aide-mémoire de la législation des nuisances, Bordas 1974 ; MAGISTRY, Traité général sur l'application de la nouvelle législation des établissements classés, Paris 1923.

59 Voir BÉQUET, Rép. D. A., V^e Commune, p. 550, § 1127.

60 Voir E.H. PERRAUD, Cours de législation industrielle, 1^{re} éd., Paris 1895, 6^e éd. 1921 ; H. CAPITANT, Cours de législation industrielle, Pédone 1912 ; H. CAPITANT et P. CUCHE, Précis de législation industrielle, Dalloz, 3^e éd. 1933 ; on parle aussi à ce propos de « réglementation du travail » sans autre qualification : voir A. DUPRAT et A. SAILLARD, Code annoté de la réglementation du travail dans l'industrie, Berger-Levrault, 1897 ; J. BLAISE, Réglementation du travail et de l'emploi (T. III du Traité du droit du travail sous la direction de G.H. CAMERLYNCK), Dalloz 1966.

61 E. LAMBERT, Cours de droit comparé 1929-1930, cité par CLAPS-LIENHARDT, op. cit., p. 123. Sur la transformation du « droit public économique » en « droit économique », V. notam. A. de LAUBADERE, Droit public économique, op. cit., p. 7 et s. G. FARJAT, Droit économique, P.U.F., coll. Thémis ; R. SAVATIER, La nécessité de l'enseignement d'un droit économique, D. 1961, chron. p. 117 ; Cl. CHAMPAUD, Contribution à la définition du droit économique, D. 1967, chron. p. 215 ; R. SAVA, La notion de droit économique en droit français, A.J.D.A. 1971, p. 132.

62 Pour certains, « le droit de l'environnement » est directement issu, en tant que disposition autonome, du droit privé, car la défense de la propriété postulerait plus d'exigences que l'ordre public. V. J. de LANVERSIN, Contribution du juge au développement du droit de l'environnement, dans Mélanges WALINE, T. II, p. 519 et s. (sauf erreur, le mot police n'est pas cité une seule fois dans cet article et l'ordre public n'est mentionné que deux fois). Sur le passage de la notion de « législation » à celle de « droit », voir GOUSSET et MAGISTRY, Le droit des établissements classés, Dunot 1968, 640 p. compar. avec l'ouvrage de M. MAGISTRY précité daté de 1923 portant quant à lui sur la « législation des établissements classés ». V. aussi J. UNTERMAIER, Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques, Rev. Jurid. de l'environnement n° 4, 1978, p. 329.

63 V. notam. le chapitre intitulé Droit de la construction consacré par MM. J.M. AUBY et R. DUCOS-ADER dans leur ouvrage de Droit Administratif (Précis Dalloz, 4^e éd. 1976) à l'étude de réglementations qui autrefois étaient des

134. — 2. Ainsi, la notion de police n'a guère profité de l'extension des pouvoirs et des interventions de l'administration depuis le début de ce siècle ; et, comme elle a été confinée dans la représentation que l'on s'en faisait jusqu'aux années 1930, on peut aujourd'hui s'interroger sur ses chances de survie. Quelques auteurs ont beau faire valoir, à juste titre, que « l'ordre public administratif limité au maintien de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité dans les rues, places et lieux publics est une conception dépassée depuis quarante ans »⁶⁶, on reste intimement et confusément convaincu que la police ne saurait évoluer sans se dénaturer⁶⁷. On a bien montré que l'ordre public envahit tous les secteurs et devient « positif », « dynamique », « constructif » ou « prospectif » ; mais on se résigne mal à admettre que la police elle-même devienne positive⁶⁸. La notion est donc condamnée à être toujours dépassée : on a même prétendu que l'ordre public économique, à peine reçu dans les esprits, « n'est [déjà] plus d'actualité »⁶⁹. Toutes les tentatives d'extension de la notion de police hors de ses sphères traditionnelles sont retenues par une force centripète mystérieuse : est-ce la socialisation progressive des institutions qui condamne inéluctablement cette notion libérale ? Est-ce seulement parce que, à défaut de réactualiser l'enseignement des maîtres, la doctrine persiste à la décrire telle qu'elle était et non telle qu'elle est effectivement devenue ? Cherche-t-on, inconsciemment, en veillant à la « pureté du concept »⁷⁰

polices sans contestation possible (voir. G. VEDEL, *Les permis de bâtir*, R.D.P. 1937, p. 274 et s.). L'intitulé du chapitre est d'autant plus remarquable que les auteurs précités énoncent bien leur intention de n'étudier en réalité sous cette rubrique du « droit de la construction » que « les matières relatives à ce qu'on pourrait appeler le "droit administratif de la construction" ».

⁶⁴ Sur l'apparition de cette notion, V. la bibliographie précitée à la note 61.

⁶⁵ Voir R. RODIÈRE, *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis Dalloz, 1^{re} éd. 1973.

⁶⁶ F.P. BÉNOT, *op. cit.*, p. 755, § 1393 ; voir également p. 747, § 1372.

⁶⁷ Cette idée est expressément développée par G. WATRIN, in *Quelques rapports entre les notions de police, domaine public et service public*, R.D.P. 1936, p. 154 et 160. V. aussi *infra*, n° 162.

⁶⁸ Cependant, dès le début du siècle, quelques voix se sont élevées pour plaider en ce sens : « ... si la police protège, ne peut-elle donc aussi jouer un rôle actif ? Sa mission ne doit pas se borner à sauvegarder : elle a le devoir impérieux de s'assimiler toutes choses vis-à-vis desquelles elle ne pourrait tenir qu'un rôle passif et inefficace » : TARDIEU, *Des pouvoirs de police municipale en matière de commerce*, Thèse Caen 1917, 252 p., p. 213.

⁶⁹ G. FARJAT, *Droit économique*, P.U.F. 1971, coll. Thémis, p. 48. Pour cet auteur, en effet, la notion de police économique correspond à un stade révolu de l'évolution de la société libérale.

⁷⁰ M. KLEIN (*op. cit.*, p. 112) évoque « le mythe de la pureté de la police » à propos d'un article publié au début du siècle par un auteur allemand, WOLZENDORF, *Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht*, in « Archiv für öffentliches Recht » 1909, T. 24, p. 325 et s., notam. p. 372-373. V. aussi J. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 36 et s. et, dans une certaine mesure, TEITGEN, *op. cit.*, p. 85. Ces auteurs, sauf sans doute le dernier cité, confondent en permanence la notion de police et la police municipale caractérisée par son régime, si bien que la « pureté » ne recouvre pas ici la spécificité de la notion ; elle est l'alibi d'une dénaturation de la police qui provient d'une réduction du tout à la partie.

de police à préserver l'ordre politique et social qui lui a conféré cette prétendue « pureté » ? S'agit-il au contraire de contribuer à dépasser cet ordre en raisonnant comme si elle était elle-même dépassée⁷¹ ?

Quelle qu'en soit la raison exacte — mais ces raisons possibles ne s'excluent pas les unes les autres — ces « interventionnismes », « dirigismes », « politiques », « législations » et « droits » divers, qui se développent de façon aussi anarchique et quasi irrépressible, constituent autant d'excroissances pathologiques de la classification traditionnelle des activités administratives, laquelle connaît ce qu'il faut bien appeler une véritable crise, quelque galvaudé que soit devenu ce terme dans la littérature juridique.

Et, même si l'on s'en tient à une classification de type plus technique ou plus juridique, il apparaît que cette crise aboutit à conférer à la notion de règlement de police un contenu beaucoup moins cohérent que ses contours généraux.

2° Les aberrations du contenu de la notion

135. — La police est une activité datée dont la détermination du contenu précis procède plus de réflexes que d'une réflexion véritable : sa consistance est le produit d'une sorte de mélange dont la matière première est faite d'ordre public municipal, ou en tout cas libéral, auquel s'ajoutent certaines réminiscences ou traditions historiques, de rares concessions à la réalité des choses et quelques réactions à leur évolution.

Il en résulte une quantité non négligeable d'incohérences qui ont trait, principalement, soit au contenu général de la notion, soit à la divergence totale des auteurs dans la qualification de certaines réglementations, soit aux motifs avancés pour justifier telle ou telle qualification.

136. — 1. Bien que la police soit toujours présentée en doctrine comme l'une des deux activités fondamentales de l'administration ou comme l'un des deux piliers de l'exposé du droit administratif, les textes ordinairement cités comme des polices sont presque tous antérieurs au premier tiers de ce siècle, sauf à constituer la mise à jour de réglementations anciennes⁷². Les plus récents ne sont, le plus souvent, pas qualifiés.

⁷¹ C'est semble-t-il l'attitude d'un courant doctrinal qui se rattache à l'Ecole du service public ; V. aussi, dans une autre optique, G. FARJAT, *Droit économique*, précité.

⁷² A. de LAUBADÈRE (*op. cit.*, T. II, p. 567, § 1021) notamment cite ainsi comme exemples de polices spéciales : celles des édifices menaçant ruine (L. 21 juin 1898) ; des établissements dangereux, incommodes et insalubres (L. 19 décembre 1917) ; des forains ambulants et nomades (L. 1^{er} juillet 1912) ; des débits de boissons (L. 1^{er} octobre 1917) ; de la chasse et de la pêche (L. 3 mai 1844 et L. 15 avril 1829) ; des eaux (L. 6 février 1922) ; des jeux (L. 15 juin 1907) ; de l'affichage (L. 12 avril 1943 ; cette matière, cependant, était déjà traitée par la loi du 29 juillet 1881, art. 15 et 68).

L'objection majeure qui empêcherait de voir des polices dans les réglementations intervenues depuis cette époque résiderait, dit-on, dans leurs buts, souvent étrangers à la salubrité, à la tranquillité, ou à la sécurité publiques. Pourtant, ni la police des loteries⁷³, ni la police des cultes⁷⁴, ni la police du commerce de l'or et de l'argent⁷⁵, pas plus que celles de la pêche ou de la chasse ne visaient de tels buts. D'ailleurs, quand bien même le but de la réglementation nouvelle resterait la salubrité ou la sécurité publiques par exemple, on observe souvent qu'elle « dépasse les considérations de police »⁷⁶.

En réalité, ce qui est dépassé dans le nouveau texte, ce ne sont bien souvent que les considérations de la police libérale. Quelques auteurs qui en conviennent plus ou moins explicitement maintiennent alors la dénomination de « police » pour ces réglementations. Mais, cependant, à propos de certaines d'entre elles, l'éventail des dénominations utilisées révèle le désarroi de la doctrine.

137. — 2. En matière de construction par exemple, on utilise aussi bien le terme de « police »⁷⁷ que celui de « réglementation », de « législation » ou de « droit » de la construction⁷⁸; mais, alors que l'on fait valoir que les considérations de police sont ici dépassées⁷⁹, on explique en même temps que les règles relatives aux « concours de police » continuent de s'appliquer en ce domaine⁸⁰.

— En matière de réglementation des professions, malgré un tri spontané qui s'opère pour quelques-unes d'entre elles, la confusion atteint son comble : certaines sont encore considérées comme des polices mais pas d'autres; ainsi, on admet encore que les brocanteurs puissent faire l'objet d'une police⁸¹, tandis que le terme semblerait inadéquat pour les coiffeurs ou les voyageurs de

73 L. 21 mai 1836; V. aussi X..., *Le régime juridique des loteries*, Rev. fin. com. 1975, p. 107.

74 L. 18 Germinal an X.

75 Cette police est encore citée par M. WALINE, *Précis de Droit Administratif*, p. 640, § 1076; généralement on l'intègre aujourd'hui dans la « réglementation des changes » ou dans ces autres catégories de « contrôle des banques » ou « contrôle du crédit ».

76 Pour M. LAMARQUE (*op. cit.*, p. 599) le règlement sanitaire type de 1937 relevait de la police, mais celui de 1963 est jugé « dépasser les considérations de police ».

77 En ce sens, V. F.P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 764, § 1411; J.-Cl. DOUENCE, *op. cit.*, p. 63; G. LIET-VEAUX, Rev. Adm. 1970, p. 26; pour ce dernier auteur, les plans d'urbanisme eux-mêmes révèlent l'existence d'une « police spéciale » (voir J.-Cl. A., Fasc. 445, p. 5, n° 22).

78 Voir les références citées *supra*, note 63.

79 V. p. ex. A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, T. II, pp. 363, 366, 392, 408, 435.

80 Voir A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, T. II, p. 394, § 763.

81 V. C.E. 4 février 1970, *Najean de Bévère* (Rec., p. 79), à propos d'une requête tendant à l'annulation du décret n° 68-786 du 29 août 1968 pris sur le fondement de l'article 37 de la Constitution et relatif, dit le Conseil d'Etat, à la « police du commerce de revendeur d'objets mobiliers »; le Recueil Lebon, cependant, classe cette espèce sous la rubrique : « Réglementation administrative des activités économiques ».

commerce et tout à fait déplacé pour la profession bancaire⁸²; et pourtant toutes ces professions, même celle de changeur ou de prêteur, étaient régies par le « pouvoir municipal »⁸³. Cependant, la tendance la plus générale consiste à exclure de la police les réglementations professionnelles⁸⁴. Les auteurs qui les y intègrent au contraire s'estiment donc obligés de s'en justifier peu ou prou⁸⁵. Mais souvent les qualifications sont très nuancées ou contradictoires; et les arguments échangés — le cas échéant — de part et d'autre n'emportent pas toujours la conviction⁸⁶ : la réglementation des taxis, en particulier, est une « police » pour certains de ceux-là mêmes qui rejettent de la police les réglementations profession-

82 Mais, on l'a vu (V. *supra*, note 75), il arrive quelquefois que l'on parle, aujourd'hui encore, de « la police du commerce de l'or et de l'argent ». Le critère, tout à fait implicite, de ce tri spontané même s'il aboutit à une discrimination entre professions assez illogique en elle-même, est cependant conforme aux contours généraux de la notion que nous avons tenté de dégager ci-dessus : pour prendre l'exemple de la réglementation des brocanteurs, celle-ci est née, au plan national, à une époque où cette honorable profession était proche de celle des chiffonniers, et cette dernière assez semblable à l'activité de toute une catégorie sociale composée de forains, de nomades, voire de vagabonds tenus en suspicion par la société libérale en raison d'une certaine propension au « maraudage »; MORGAND dit bien d'ailleurs : « La loi du 15 février 1898 a mis fin aux dangers que présente l'exercice de cette profession » (*op. cit.*, p. 770, § 897, souligné par nous); à cette époque la défense du droit de propriété était un but de police au même titre, sinon davantage, que la salubrité publique. Ainsi, pour qu'un texte soit encore qualifié de « police », on attend de sa part un certain effet répressif — au sens politique du terme — sur ses destinataires.

83 V. *supra*, Titre I, Chap. I, Sect. I, en particulier n° 48, note 40.

84 En ce sens, V. J. MOREAU, J.-Cl. A., Fasc. 200, n° 86, et Fasc. 260 et 261; mais il est tout à fait caractéristique de noter que, selon le plan du Juris-Classeur Administratif, la réglementation des professions relève cependant des « fonctions de police »!

85 V. p. ex. F.P. BÉNOIT, *op. cit.*, p. 764, § 1411; Fr. BATAILLER, *Les Beati possidentes. Les actes administratifs créateurs de privilèges*, R.D.P. 1965, p. 1055.

86 C'est le cas notamment de la critique articulée par G. JÈZE à l'encontre de l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 janvier 1936 et des conclusions MICHEL (R.D.P. 1937, p. 129) : L'argument selon lequel l'application de la réglementation de la durée du travail faite par le préfet de police aux chauffeurs de taxi « n'est pas de la police même au sens large, sinon tout est de la police », n'a aucune valeur rationnelle, puisque par ailleurs — il faut le rappeler aux membres de l'Ecole du Service public — tout est service public dans cette théorie. Pour résoudre le litige sur un plan technique, le débat n'aurait pas dû être de savoir si ce texte spécial relevait ou non de la police « au sens étroit ou au sens large », mais uniquement si ce texte conférerait compétence à cette autorité pour l'appliquer; à défaut, on pouvait s'interroger sur le point de savoir si l'autorité de police générale tenait ou non de ses pouvoirs propres le droit d'édicter une mesure similaire à celle que prévoyait ce texte. La controverse, là encore, est entièrement déterminée par une confusion entre la notion de police et les pouvoirs des autorités locales de police générale.

De même façon, c'est souvent le rattachement formel à l'article 97 du Code de l'Administration communale de la loi du 19 juillet 1957 (relative à la fermeture annuelle des boulangeries pour l'application de la législation sur les congés payés) qui justifie, dans bien des esprits, que l'on puisse parler à son propos de police.

nelles⁸⁷ ; pour d'autres, elle se présente comme une réglementation spécifique⁸⁸ ou hybride⁸⁹ ; on la rattache enfin quelquefois à la gestion du domaine public (comme on le fait aussi pour la réglementation de la coordination des transports⁹⁰), voire à la réglementation des services publics⁹¹.

138. — 3. Lorsque ces réglementations, professionnelles ou non, se trouvent exclues de la police, elles sont appréhendées soit comme des interventions *sui generis*, soit comme des éléments de la catégorie du contrôle administratif⁹² ; mais cela n'empêche pas qu'il puisse y avoir des contrôles administratifs « à but de police »⁹³ !

⁸⁷ Voir J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 67. Pour Fr. BATAILLER, la réglementation des taxis est également une police (article précité, R.D.P. 1965, p. 1051 et s.).

⁸⁸ Voir H. LAULHE, *Les voitures de place dénommées taxis, réglementation et jurisprudence*, A.J.D.A. 1960, p. 133 ; D. RUIZ, *Les taxis*, D. 1960, chron. IV, p. 27.

⁸⁹ Voir cette réflexion de N. QUESTIAUX : « En matière de réglementation du nombre des taxis, la police est bien proche de la réglementation économique ou de celle du travail », dans concl. sur C.E. 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres de bibliothèques*, R.D.P. 1964, p. 459.

⁹⁰ Voir A. de LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Thèse Bordeaux 1935, p. 363 et s. Cependant, les textes spéciaux qui sont intervenus en cette matière depuis l'époque où les autorités de police locale édictaient à cette fin ces règlements sur la base de leurs pouvoirs propres sont rattachés par cet auteur à l'interventionnisme.

⁹¹ V. en ce sens, concl. FOURNIER sur C.E. sect., 5 janvier 1968, *Préfet de police c. Chambre syndicale patronale des Enseignants de la conduite des véhicules à moteur*, R.D.P. 1968, p. 919 et s.

⁹² V. Ph. LIGNEAU, *Un instrument de contrôle des professions : les licences délivrées par l'administration*, Dr. Soc. 1966, p. 65 et 193. De la même façon, M. MACHÉLON exprime tout à fait l'opinion dominante lorsqu'à propos de la réglementation des licenciements il utilise les termes « police » ou « contrôle administratif » selon l'époque et le texte considérés. V. ses articles : *La jurisprudence administrative relative à la police des licenciements. Essai de bilan*, J.C.P. 1975, éd. C.I., II, 11873, et *La réforme récente du contrôle administratif des licenciements et le juge administratif*, Dr. Soc. 1975, p. 189.

⁹³ L'expression est utilisée par M. DEMICHEL, *op. cit.*, T. II, p. 703. En ce cas, explique l'auteur, le contrôle de l'Etat a pour but le maintien de la sécurité et de l'ordre publics ; mais ce contrôle n'est pas de la police ; il ne fait que s'en « rapprocher » (*ibidem*). Ceci naturellement rend suspecte sinon l'existence du moins l'homogénéité de la catégorie « contrôle administratif ». Or, sauf erreur, M. DEMICHEL ne donne pas de définition synthétique de la notion de contrôle, mais seulement des « éléments de définition » que nous devons nous efforcer de rassembler (voir *op. cit.*, p. 3 et s.) : « Nous pouvons, dit-il, arriver à définir le contrôle administratif par les éléments qui le composent. Ces éléments peuvent être globalement ramenés à trois : le but du contrôle, son organisation, ses modalités d'exercice ». En ce qui concerne le but, « l'idée essentielle est la suivante : le contrôle de l'Etat a pour but l'institution d'un « ordre économique et social » positif et non pas seulement [comme la police] la détermination de limites négatives à l'exercice d'une activité ». Dès lors que « le contrôle suggère l'idée de directives données par l'Etat à l'organisme contrôlé, cela implique logiquement que des relations existent entre eux et que ces relations soient permanentes » ; cet élément caractérisant « l'organisation » du contrôle consiste dans « l'existence de représentants de l'Etat chargés d'assumer ce contrôle ». Quant aux « modalités d'exercice du contrôle », elles tiennent à « l'existence d'une part de pouvoir discrétionnaire pour l'administration » mais aussi, d'autre part, à une « certaine collaboration entre l'Etat et l'orga-

139. — 4. La contradiction, pour être moins grave, peut s'avérer tout autant remarquable : pourquoi admet-on la « police des appareils à vapeur »⁹⁴ mais pas, par exemple, une police des appareils ou des installations électriques, alors qu'on accepte en même temps une « police de la radiodiffusion »⁹⁵ ? Pourquoi continuer à parler de la « police des chemins de fer », si l'on refuse celle des postes, celle des distributeurs d'électricité ou des transporteurs aériens ? Ce ne peut être parce que les postes sont un service public : l'exploitation des chemins de fer en est devenue un également ; ce ne peut être parce que la circulation sur les chemins de fer comporte des risques pour la sécurité : le transport aérien ou la distribution d'électricité en comportent également ; et, de toute façon, la police des chemins de fer a d'autres préoccupations que la sécurité⁹⁶. Cette discrimination terminologique s'explique par des raisons simplement historiques : la police des chemins de fer date d'une époque où la puissance publique ne pouvait saisir unilatéralement l'activité de personnes privées — les entrepreneurs de transports ferroviaires en

nisme privé contrôlé ». M. DEMICHEL distingue réglementation et contrôle en faisant valoir que celle-là est « statique » et celui-ci « dynamique » (*op. cit.*, p. 9) : « La réglementation correspond à un premier stade d'interventionnisme, le contrôle en est le perfectionnement » ; mais « malgré ces différences spécifiques, la frontière entre contrôle et réglementation ne se laisse pas toujours aisément déterminer » ; « la distinction entre contrôle administratif et police administrative (...) se rapproche à beaucoup de points de vue de la précédente ». « La compétence de l'autorité de police est tout d'abord limitée par le territoire où elle s'exerce [ce qui n'apporte que bien peu d'indications lorsqu'il s'agit du premier ministre] et l'objet auquel elle s'applique [ce qui est faux comme on vient de le voir, *supra*, n° 111], mais non par les personnes qui y sont soumises alors que, répétons-le, le contrôle ne s'exerce que sur certains organismes *intuitu personae*. D'autre part, le pouvoir de police est toujours étroitement lié » [ce qui est inexact : V. sur ce point, R. DRAGO, *L'Etat d'urgence et les libertés publiques*, R.D.P. 1955, p. 670 et s.]. De toute façon, M. DEMICHEL observe que le principe selon lequel « l'autorité de police n'a pas à s'ériger en contrôleur » (...) « n'est pas toujours d'application facile (...) cela est d'autant plus net, conclut-il, que nous assistons à une évolution de la notion de police administrative »... (l'auteur évoque ici la jurisprudence *Autobus Antibois*) (voir p. 12).

Pour une critique de la notion de contrôle administratif en matière économique, V. J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 107 et s.

⁹⁴ Voir J.P. NÉGRIN, *op. cit.*, p. 107 ; l'auteur cite cette police comme étant exercée par une personne privée (voir D. 9 octobre 1907).

⁹⁵ Voir Y. MENY, *J.-Cl. A.*, Fasc. 273. La qualification de police de cette réglementation procède sans doute de ce que cette activité intéresse en partie la tranquillité publique et que, pour cette raison, les maires avaient manifesté quelques velléités de s'en occuper. V. aussi, pour une autre raison, Cl. GOYARD, *Police des ondes et droit à la communication*, dans Mél. CHARLIER, 1981, p. 745.

⁹⁶ V. la loi du 15 juillet 1845, le décret du 6 août 1881 et l'arrêt C.E. 11 mars 1910, *Ministre des Travaux publics c. Cie Générale française des tramways*, D. 1912, III, p. 49, concl. Blum ; S. 1911, III, p. 1, concl. Blum, note HAURIOT ; R.D.P. 1910, p. 270, note JEZE ; G.A., p. 96. Cette « police » permet d'imposer au concessionnaire de tramway le « tableau de service » des trains, c'est-à-dire leur nombre et leur fréquence. C'est encore sur le fondement de cette « police » que le Ministre des travaux publics a été reconnu compétent pour réglementer le droit de grève des cheminots (V. *infra*, n° 461).

l'espèce — que par la police, tandis que, lorsque se sont généralisés la distribution d'électricité ou les transports aériens, la notion de police était déjà suffisamment figée dans sa consistance municipale ou libérale et les rapports entre Etat et Société suffisamment transformés pour que ces activités sociales, compte tenu de leur intérêt, se voient presque immédiatement assumées ou assimilées par la puissance publique et donc très rapidement placées, comme nous le verrons, dans l'orbite du concept de gestion⁹⁷, en particulier par le biais du procédé de la concession. Dans ces conditions, on devrait donc réexaminer le bien-fondé de cette « police des chemins de fer » puisque cette activité, depuis lors, est elle aussi concédée en tant que service public.

Ce ne sont pas seulement des considérations historiques qui emportent la qualification, mais souvent aussi un critère implicitement matériel ou simplement géographique de la police. Ainsi, les règles ayant pour objet d'opérer une saine confrontation entre l'offre et la demande de certains produits appartiennent à la police tant qu'il s'agit d'un marché local, mais tendent à s'en détacher dès qu'elles concernent un marché d'intérêt national⁹⁸. La réglementation des courses cyclistes est assimilée à une police, mais pas celle des compétitions d'athlétisme, car celles-là, à l'encontre de celles-ci, se déroulent plutôt dans la rue que sur un stade et donnent ainsi prise plus aisément à une intervention de l'autorité de police locale⁹⁹. On se risque à évoquer une nouvelle « police des économies d'énergie » parce que celle-ci touche en même temps à la circulation des automobiles et à l'économie qui font toutes deux l'objet de polices reconnues en tant que telles¹⁰⁰; mais ce critère de l'objet, comme tous les autres, est en réalité déterminé par une conception libérale de la police, ce qui ne laisse pas de déboucher sur des conséquences de ce genre : lorsque, dans un souci évident de commodité de la circulation, l'autorité locale de police s'avise de prescrire aux exploitants d'auto-écoles de disposer d'un garage à proximité de leur établissement, on se prend — malgré cet objet, ce but et cette autorité — à contester sa compétence, en voyant là, à raison de sa rigueur, une « réglementation professionnelle »¹⁰¹;

⁹⁷ V. *infra*, chapitre suivant notam. n° 154 et s.

⁹⁸ Sur l'évolution du contenu et de la nature des réglementations en la matière, V. M. de VILLIERS, *Les marchés d'intérêt national*, Thèse Paris 1967; V. aussi, notam. le rapport Costa sur Cass. crim. 4 juin 1964, D. 1964, p. 555; concl. Gentot sur C.E. Ass. 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c. Sastre*, Rec., p. 335; concl. Gentot sur C.E. sect. 5 mars 1976, *Société Halles aux cuirs de Paris et autres*, A.J.D.A. 1976, p. 623. Cependant, pour C. DAVAL, « la police de ces marchés est une police spéciale », note sous C.E. 4 février 1976, *Société Etablissement Omer-Degugis*, A.J.D.A. 1976, p. 374.

⁹⁹ Sur la différence de traitement des diverses réglementations relatives au sport, V. P. VERMET, *L'intervention de l'Etat dans le sport*, Thèse Caen 1962.

¹⁰⁰ Voir note de J.M. AUBY précitée sous C.E. 25 juillet 1975, R.D.P. 1976, p. 342 et s.

¹⁰¹ Cette tendance s'observe chez M. VINCENT p. ex., dans sa note sous l'arrêt C.E. sect. 5 janvier 1968, *Préfet de police c. Chambre syndicale patronale*

ou, à l'inverse, on la justifie, mais sans en appeler à l'idée de police car, au contraire, on fait valoir que cette activité, comme celle des taxis, tend à devenir un service public et qu'en conséquence l'autorité administrative peut mettre en œuvre, en ce domaine, son pouvoir autonome de réglementation de service public¹⁰².

Le service public constitue donc le terme vers lequel toutes les réglementations de police semblent devoir conduire leur évolution. Cette notion exerce son pouvoir d'attraction aussi bien sur des polices relativement récentes, comme la police économique¹⁰³, que sur d'autres très traditionnelles, comme celles de la chasse ou des édifices menaçant ruine¹⁰⁴. Et pourtant cette transformation générale des polices en réglementations de service public ne devrait rien leur ajouter, si la police est déjà elle-même un service public!

des Enseignants de la conduite des véhicules à moteur, J.C.P. 1968, II, 15329. Dans le même sens, V. F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, coll. L'Administration nouvelle, p. 40 : à propos de cette décision, l'auteur écrit : « Cette mesure particulièrement contraignante constitue une véritable réglementation de la profession en tant qu'elle impose une sujétion impérative aux exploitants des écoles de conduite ». Mais « la police des brocanteurs », par exemple, en enjoignant à ces commerçants de faire figurer leurs achats sur un registre, n'impose-t-elle pas elle aussi une « sujétion impérative » ? Cette contradiction tient à ce que la perception que l'on a de la rigueur est essentiellement relative, et que tout dépend sur ce point des légitimités respectives de la mesure considérée et de l'activité visée (V. *supra*, note 82). En outre, ce type de réflexion est directement inspiré par une confusion entre les pouvoirs des autorités de police municipale et le contenu de toute la notion de police. Sur l'« Evolution du régime des auto-écoles », V. J. SINGER, *Rev. Adm.* 1973, p. 546.

¹⁰² En ce sens, FOURNIER, concl. précitées sur l'arrêt du 5 janvier 1968, R.D.P. 1968, p. 919 et s.

¹⁰³ En ce sens, V. A. de LAUBADÈRE, *Droit public économique*, 1^{re} éd. 1974, p. 27 à 56; J.L. de CORAIL, *Le juge administratif et la qualification des interventions de l'Etat dans le domaine de l'économie*, Mélanges EISENMANN, éd. Cujas 1975, p. 299 et s.; Fr. BATAILLER, article précité, R.D.P. 1965, p. 1052 : « Quand des activités sont réglementées par l'Etat en raison de l'intérêt fondamental qu'elles présentent sur le plan économique, il s'agit généralement d'interventions de service public et non de police » (souligné par nous : on retrouve ici le critère du caractère nuisible ou non de l'activité réglementée pour déterminer la qualification du règlement); on remarque bien que l'auteur, pour avancer l'idée de service public, ne se réfère à nulle activité matérielle de prestation, mais se borne à mentionner des activités de prescriptions. Malgré le sens général de l'évolution décrite par A. de LAUBADÈRE, l'incertitude demeure très souvent; ainsi, à propos de l'affaire *Martial de Laboulaye* (C.E. 28 octobre 1960, Dr. Soc. 1961, p. 141 et s.) le commissaire du gouvernement HEUMANN a pu dire : « Tous ces textes de réglementation économique instituent par définition, des mesures de police économique restrictives de ces attributs du droit de propriété qui sont la liberté d'user du bien et celle d'en disposer » (souligné par nous).

¹⁰⁴ A propos de l'arrêt C.E. 20 juillet 1971, *Consorts Bolusset*, A.J.D.A. 1971, p. 528, V. les conclusions de M. KAHN, citées par MM. LABETOUILLE et CABANES dans leur chronique : « (...) En d'autres termes, même si elles ne sont pas encore exclusives de toute autre, les préoccupations de police de la chasse passent désormais au second plan; elles sont devenues les accessoires d'un plus vaste dessein, pensé et réalisé comme une activité de service public ». Sur la police des édifices menaçant ruine, V. l'arrêt C.E. 12 avril

140. — 5. Paradoxalement, mais pour d'autres raisons, c'est aussi à la notion de service public que l'on est obligé de recourir pour admettre qu'une personne privée disposant d'un pouvoir administratif normatif à l'égard de ses semblables peut exercer une police. La parcelle de puissance publique dont elle dispose et la similitude de ses pouvoirs par rapport à ceux de l'autorité administrative de police ne suffisent pas. Ce détournement par la notion de service public est certes imposé par l'actuel critère de la compétence juridictionnelle administrative; mais, au-delà de cette contingence purement technique, il y a cette conviction profondément libérale que si les personnes privées peuvent à la rigueur exercer une mission de service public, il est impensable, sauf par ce biais, d'admettre qu'elles puissent disposer d'un pouvoir de police¹⁰⁵.

Ainsi les incohérences sont multiples, profondes et, en l'état actuel des concepts majeurs de notre droit, relativement irrémédiables. Nous en avons décelé les causes essentielles; mais, avant de tenter une explication générale et risquer une construction plus rationnelle, il nous faut vérifier et compléter ces conclusions d'une façon plus technique. Nous le ferons en choisissant un champ d'investigation plus restreint et plus complexe : les rapports entre la police administrative, la police de la conservation et la gestion du domaine public.

1957, *Mimouni* (D. 1957, p. 415, concl. Tricot) qui consacre la transformation des actes relevant de cette police en activité de service public; le commissaire du gouvernement Tricot, bien qu'il n'admit pas que la transformation était à l'époque consommée, expliquait bien: « Ce qui n'était autrefois qu'une disposition de police isolée, a pu devenir, du fait d'une évolution générale, un élément d'un service public ». Nous retrouverons cet arrêt dans le chapitre consacré aux rapports entre la police et les travaux publics, car, en outre, il rattache cette activité de police à la notion de travail public.

Sur la transformation en service public de l'activité de réglementation des sports, V. M. TAUPIER, *Recherches sur la nature juridique des fédérations sportives et de leurs actes*, A.J.D.A. 1970, p. 75 et s.; C.E. 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, Rec., p. 577, concl. contraires J. THÉRY, A.J.D.A. 1975, p. 19, chron. FRANC et BOYON, R.D.P. 1975, p. 1109, note WALINE, D. 1975, p. 739, note J.F. LACHAUME; C.E. sect. 26 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme*, A.J.D.A. 1977, p. 139, concl. GALABERT, note FR. MODERNE; J.Y. PLOUVIN, *La reconnaissance par le juge administratif d'un service public du sport*, J.C.P. 1975, I, 2724.

¹⁰⁵ Sur tous ces points, V. notam. J.P. NÉGRIN, *op. cit.*; J.-Cl. VÉNEZIA, *Puissance publique, puissance privée*, Mélanges EISENMANN, p. 363; J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 388 et s.

CHAPITRE II

POLICE ADMINISTRATIVE, POLICE DE LA CONSERVATION ET GESTION DU DOMAINE PUBLIC

141. — L'énumération, en guise de titre, de ces trois pouvoirs¹ ne préjuge pas du point de savoir s'il existe entre eux une différence de nature qui devrait de *plano* conduire à en rechercher le critère de distinction. Cette énumération est nécessaire cependant parce que n'opposer que la « police administrative » à la « gestion du domaine public » signifierait que la « police de la conservation » doit s'assimiler, soit à la seconde de ces deux notions, soit, comme le pensent certains, à la première. Il ne serait pas possible non plus de vouloir traiter directement de la « police du domaine public » en tant que telle, car cela supposerait que ces trois pouvoirs peuvent immédiatement se fondre en une seule notion, alors qu'il n'y a pas, en l'état actuel de la doctrine, de concept aussi indéterminé que celui-ci.

Une grande partie des juristes a ainsi renoncé, semble-t-il, à le définir ou à l'employer². Certains auteurs, en revanche, lui donnant un sens assez large, désignent sous cette expression « la police de l'utilisation » et la police de la conservation du domaine public³;

¹ A propos du domaine public, MM. AUBY et DUBOS-ADER (*Précis*, D.A. 1970, p. 315 et s., § 232) citent aussi, comme d'autres auteurs, un pouvoir de « réglementation fiscale (redevances d'occupation [du domaine public]) comportant des sanctions fiscales et civiles ». Nous n'en traiterons pas en tant que telle, sauf à indiquer, le cas échéant, les rapports qui peuvent s'établir entre les taxes d'occupation et les pouvoirs de police ou de gestion. Sur cette question, V. J. DUFAY, *J.-Cl. A.*, Fasc. 406-2 notam. et J.F. DÉNOYER, *L'exploitation du domaine public*, préf. G. VEDEL, coll. Bib. D. Pub., T. 92, L.G.D.J. 1969, p. 161 et s.

² J. DUFAY, *J.-Cl. A.*, Fasc. 405 à 409 et *Le domaine public*, éd. du Moniteur 1977; l'auteur évoque cependant une « police du domaine aérien » qui est une « police unique ». V. Fasc. 405-2.

³ M. HAURIU, *Précis D.A.*, 3^e éd., p. 502; L. JANSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, préf. A. MESTRE, Paris 1938, 380 p.; Cl. KLEIN, *La police du domaine public*, préf. F. LAVIGNE, coll. Bib. D. Pub., T. 92, L.G.D.J. 1966, 303 p.

quelques autres l'assimilent à la police de la conservation seulement⁴ ou à la police de l'ordre public sur le domaine public⁵; enfin, nombreux sont ceux qui l'ont expressément rejeté ou critiqué⁶. Comme l'a montré M. Klein, l'incertitude du vocabulaire révèle une incertitude sur le fond même du débat⁷.

Se lancer dans la question seconde des critères sans s'assurer que les entités auxquelles ils s'appliquent jouissent bien d'une autonomie les unes par rapport aux autres, serait donc vouloir résoudre une difficulté sans avoir la garantie qu'elle se pose ou, à tout le moins, sans savoir comment elle se pose.

PARAGRAPHE PRELIMINAIRE - POSITION DU PROBLÈME

La distinction des trois pouvoirs par l'opinion juridique dominante (A) comparée à leur imbrication en droit positif (B) oblige à réexaminer le processus historique de cette contradiction (C).

A. DISTINCTION DES TROIS POUVOIRS DANS L'OPINION DOMINANTE

142. — Sous réserve de multiples nuances, l'opinion majoritaire contemporaine est qu'il existe une opposition de nature entre la notion de police et la notion de gestion du domaine public, et que la police de la conservation relève non pas de la notion de police de l'ordre public mais, à raison de son fondement, de la notion de gestion.

1. En effet, le fondement des pouvoirs de police sur le domaine public est constitué par l'ordre public, tandis que le fondement des pouvoirs de gestion et de police de la conservation se trouve dans le droit de propriété de l'administration sur le domaine public : c'est parce qu'elle a la charge de l'ordre public que l'administration dispose de pouvoirs de police à l'effet d'y maintenir un certain état de bon ordre, de sécurité, de tranquillité et, éventuellement, de moralité et d'esthétique ; c'est parce que l'administration est propriétaire de son domaine qu'elle a le droit de protéger son intégrité, de réglementer les activités qui s'y exercent de façon à en assurer « la meilleure utilisation », c'est-à-dire de le gérer au mieux de « l'intérêt général » ou de ses propres intérêts financiers ou encore de l'intérêt des services publics qui en font usage.

4 PH. TEITGEN, *op. cit.*, p. 89. V. *infra*. L'auteur cependant rejette l'expression de « police de la conservation » ; il préfère celle de « police de la voirie ».

5 R. CHAPUS, *Cours de D.A.*, 3^e année licence 1971-1972, p. 460.

6 J. LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 38. V. *infra* ; G. WATRIN, *Rapports entre les notions de police, domaine et service public*, R.D.P. 1936, p. 147, notam. p. 154 ; BONNARD, *Précis D.A.*, 3^e éd., p. 418 ; PERRINJAQUET, *op. cit.*, p. 41 ; A. de LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Thèse Bordeaux 1935, 379 p., p. 233 notam.

7 KLEIN, *op. cit.*, p. 3.

2. Le droit positif semble devoir confirmer une telle opinion puisque les régimes juridiques des divers pouvoirs apparaissent bien différents :

— La police de la conservation⁸, contrairement à la police de l'ordre public, ne s'exerce en principe que sur le domaine public et seulement sur certaines dépendances du domaine public (pour l'essentiel, la voirie terrestre et fluviale et les rivages de la mer) ; elle n'existe que lorsqu'un texte spécial l'a prévue, à moins que l'autorité de police générale soit autorisée, lorsque l'ordre public général dont elle a la garde peut être compromis par une atteinte à l'intégrité matérielle du domaine, à se fonder sur ses pouvoirs de police générale pour édicter une réglementation préventive comportant de tels effets ; d'une façon générale, les autorités compétentes pour édicter les mesures de police de la conservation sont celles qui relèvent de la collectivité propriétaire de la dépendance ; enfin, les contraventions à ces règlements de police de la conservation, ainsi que toute atteinte matérielle ou tout fait pouvant nuire à la destination de cette dépendance — dégradation, empiètement, anticipation, etc. sont réprimées par le juge administratif ; celui-ci condamne en même temps leurs auteurs à en réparer les conséquences dommageables selon la procédure très particulière des « contraventions de grande voirie » ; cette procédure n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'une dépendance n'appartenant pas à la voirie terrestre et lorsqu'un texte spécial a expressément entendu protéger cette dépendance par cette procédure ; au contraire, lorsque la dépendance concernée par ces atteintes matérielles ou par ces infractions à des textes relève de la voirie terrestre, le juge judiciaire est, depuis le décret-loi du 28 décembre 1926⁹, compétent pour les réprimer ; pour des raisons historiques, on parle encore quelquefois à leur propos des « contraventions de petite voirie » car celles-là étaient, même avant le décret-loi de 1926, déjà réprimées par le juge judiciaire¹⁰.

8 V. J. DUPAU, J.-Cl. A., Fasc. 406-1, *Le domaine public, protection juridique et Le domaine public*, *op. cit.* ; Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 57 à 126 ; J. LANNES, *Les contraventions de grande voirie*, 1971 ; BONNARD, *Les contraventions de voirie*, Thèse Bordeaux 1904 ; Ed. MARSALES, *Des contraventions de grande voirie et assimilées*, Thèse Paris 1906 ; J.J. CHEVALIER, *La compétence juridictionnelle en matière de contravention de voirie*, Thèse Nancy 1925 ; A. de LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime des voies publiques*, Thèse Bordeaux 1935, p. 288 s. GIUDICELLI, *Les contraventions de grande voirie*, Thèse Paris 1957, MOURGEON, *op. cit. passim*, notam. nos 121, 132, 226, 255 ; B. CHANTEBOUR, *La protection du domaine routier de l'Etat et des collectivités locales*, Vie com. et dép. juin 1966, p. 157 ; P. GÉLARD, *Le caractère mixte de la contravention de grande voirie*, A.J.D.A. 1967, I, p. 140 et s. ; GROSIDIER de MATONS (J.), *La contravention de grande voirie en matière portuaire*, Le droit maritime français 1967, p. 67 et 131 et s.

Sur la procédure contentieuse, V. AUBY et DRAGO, *Traité*, 2^e éd., nos 1255 et s. et ODENT, *Cours I.E.P.* 1970-1971, p. 1706 et s.

9 Repris par l'ord. n° 58-1351 du 27 décembre 1953 ; D. n° 58-1354 du 27 décembre 1958 ; D. n° 64-262 du 14 mars 1964. Ces deux derniers textes, qui ne sont pas les seuls, définissent un certain nombre d'infractions à la conservation du domaine public routier.

10 V. l'ancien art. 471, § 5, du Code pénal et l'art. R. 26, § 5°.

— Les actes de gestion du domaine public ne peuvent se voir, devant le juge, opposer certaines libertés publiques, comme la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de la presse; ils ne font pas l'objet d'un contrôle de l'adéquation des motifs au contenu de l'acte; ils ne peuvent être sanctionnés par l'article R. 26, 15° du Code pénal¹¹; ils visent normalement « l'intérêt général » et non « l'ordre public ».

En réalité, le droit positif laisse apparaître une imbrication très étroite des trois pouvoirs.

B. IMBRICATION DES TROIS POUVOIRS EN DROIT POSITIF

143. — Malgré cette distinction apparemment claire, il n'est pas aisé d'opposer entre eux les pouvoirs de police de l'ordre public, de police de la conservation et de gestion car non seulement ils semblent historiquement issus les uns des autres, mais apparaissent aussi souvent confondus : les autorités de police peuvent ainsi, sur le fondement de leur pouvoir de police générale, prendre sous certaines conditions des mesures qui ont pour effet sinon pour but direct de protéger l'intégrité matérielle du domaine¹²; certains règlements de police de la conservation répriment des faits compromettant la sécurité ou la salubrité publiques¹³; les autorités de police peuvent également prendre des mesures dans « l'intérêt général »¹⁴ ou des actes qui tendent à assurer une « meilleure

11 V. not. concl. Guldner sous C.E. Sect. 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, S. 1958, p. 73, note J. CATHELIN sous T.A. 17 octobre 1962, *Froment*, D. 1963, p. 575; concl. GALABERT sur C.E. 18 novembre 1966, *Froment*, R.D.P. 1967, p. 987; note WALINE, R.D.P., p. 543; note MOURGEON, J.C.P. 1967, II, 15063; note KLEIN sous C.E. 29 avril 1966, *Sté Affichage Giraudy*, J.C.P. 1966, II, 14746; note A. de LAUBADÈRE sous le même arrêt, A.J.D.A. 1970, p. 110; note DUFAY sous C.E. 18 mars 1963, *Cellier*, A.J.D.A. 1963, II, p. 484. — V. aussi l'étude de M. KOVAR au J.C.P. 1964, I, 1841, *La légalité des concessions exclusives d'affichage sur le domaine public*; la note du Doyen VEDEL sous T.G.I. Strasbourg, Réf. du 1^{er} mars 1962, J.C.P. 1962, II, 12643; KLEIN, *op. cit.*, p. 199 et s.; MARTRES, *op. cit.*, T.I., p. 120 et s.; DÉNOYER, *op. cit.*, p. 55 et s. BON, *op. cit.*, p. 146 et s.; V. aussi E. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage du public*, Thèse Caen 1973.

12 C.E. 22 avril 1921, *Société Auto-Traction*, Rec., p. 390; — 29 janvier 1926, *Société Les Plâtriers de Bagnolet*, Rec., p. 97; — 3 février 1926, *Société d'Exploitation Forestière de Paimpont*, Rec., p. 114. — Cass. crim. 9 mars 1929, D. 1930, I, p. 27. — C.E. 6 mai 1932, *Syndicat agricole de la région de Paris*, Rec., p. 460; — 6 janvier 1933, *Ratto*, Gaz. Pal. 1933, I, p. 713; Rec., p. 13; — 16 juin 1933, *Ramel*, D.H. 1933, p. 449. — Cass. crim. 1^{er} décembre 1934, S. 1935, I, p. 313. — C.E. 6 avril 1951, *Vila et Ribouleau*, Rec., p. 180; Gaz. Pal. 1951, I, 328. — Cass. crim. 23 décembre 1952, *Com. de Gezier c. Cusenier*, Bull. n° 320, p. 529. — C.E. 30 mai 1962, *Denegri*, A.J. 1963, p. 488, note J. DUFAY; — 6 juin 1963, *Association dite Section de Thionville*, R.D.P. 1963, p. 826 (cité); C.E. 17 mars 1982, *Guillemot*, Rec. T., p. 695; BON, *op. cit.*, p. 141.

13 D. 27 décembre 1958 (précité), art. 1^{er}, 4° et D. 14 mars 1964 (précité), art. 16, 11°. Sur cette idée, V. J. DUFAY, *op. cit.*

14 V. par exemple C.E. 2 août 1870, *Bouchardon*, Rec., p. 970: le maire peut, dans « l'intérêt général », limiter le nombre des entreprises de transport.

utilisation du domaine public »¹⁵; la collectivité dont relève l'autorité qui a délivré un permis de stationnement — acte de police — peut percevoir les redevances auxquelles sont subordonnés ces permis, alors même que le stationnement s'effectuerait sur une dépendance dont la collectivité n'est pas propriétaire¹⁶; les autorités de gestion peuvent enfin prendre des mesures dans un but d'« ordre public »¹⁷...

15 V. par ex.: C.E. 29 janvier 1932, *Société des Autobus Antibois*, Rec. p. 117; S. 1932, III, p. 65, note P.L.; D. 1932, III, p. 69, concl. Latournerie, note BLAEVOET, R.D.P. 1932, p. 505, concl.: le Conseil d'Etat reconnaît au maire le droit de fixer des points d'arrêts obligatoires ou des itinéraires spéciaux à des entreprises de transport concurrençant le concessionnaire municipal de transports de voyageurs; V. aussi: C.E. 18 novembre 1966, *Froment*, précité, qui reconnaît au maire le droit de prendre des règlements en matière de répartition des places sur les foires et marchés en se fondant sur des critères destinés à assurer la « meilleure utilisation du domaine ». T.A. Lille 13 octobre 1971, *Vromaine*, Rec., p. 472. — V. aussi concl. A. Bernard sur C.E. 23 mars 1973, *Association « Les droits du piéton »*, R.D.P. 1974, p. 271: l'autorité de police peut également autoriser le stationnement des véhicules sur les trottoirs, sans qu'il soit nécessaire que ceux-ci soient spécialement affectés à cette utilisation par l'autorité compétente, car il n'existe aucun « principe général [de] différenciation entre la circulation des automobiles et celle des piétons » (V. sur cet arrêt la chronique de MM. CABANES et LÉGER à l'A.J.D.A. 1973, p. 246).

16 V. art. L. 231-6 Code des com. (art. 189-6° Code ad. com., art. 133 de la L. 5 avril 1884): la commune perçoit les taxes afférentes aux permis de stationnement délivrés par le maire pour le stationnement sur les voies de la commune, même sur les traverses des routes nationales, les rivières et les ports qui appartiennent à l'Etat. V. C.E. 18 mai 1828, *Laurens*, Rec., p. 645, S. 1929, III, p. 57, concl. Rivet, D. 1928, III, p. 65, note WALINE. Sur le problème des stationnements payants, V. J. DUFAY, J.-Cl. A., Fasc. 407-1 et *op. cit.*, p. 309 et *Le régime juridique du stationnement des automobiles dans les agglomérations*, A.J.D.A. 1976, p. 496; J.J. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 161 s.; F. MODERNE, *Le stationnement payant*, Gaz. Pal. 29-30 août 1973; J. OTTOZ, *Le stationnement des véhicules sur la voie publique. Etude de jurisprudence*, Thèse Paris 1933; E. LEQUEN, *Le stationnement sur la voirie terrestre*, Thèse Lille 1935; J.M. AUBY, *La réglementation administrative du stationnement des véhicules automobiles sur les voies publiques*, D. 1962, chron. p. 83. BON, *op. cit.*, p. 154. V. aussi C. TERTIGEN-COLLY, *Le principe de gratuité de la circulation*, R.D.P. 1982, p. 1081 et surtout son ouvrage *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981, p. 459 et s.

17 V. C.E. 20 décembre 1957, *Société d'éditions cinématographiques*, précité: interdiction par le préfet de la Seine faite aux gérants de kiosques à journaux appartenant à la Ville de Paris, de vendre et d'exposer à la vue du public des publications licencieuses ou pornographiques; C.E. 20 octobre 1950, *Fédération parisienne du bâtiment*, Rec., p. 507; S. 1951, III, p. 13, note LÉTOURNEUR: compétence du préfet de la Seine avec accord du préfet de police pour créer un parc de stationnement de véhicules; C.E. 21 juillet 1972, *Ville de Paris c. Cormier*, Rec., p. 561: le préfet de Paris est jugé compétent en vertu de l'article 1^{er} du D. du 10 octobre 1859 (mod. D. n° 70-214 du 12 mars 1970) pour créer un parc de stationnement payant dans l'allée Ouest du marché aux fleurs de l'île de la Cité, V. aussi note J.D. sous C.E. 20 octobre 1961, *Hamon*, A.J.D.A. 1962, II, p. 178.

Les lois de décentralisation apportent de nouvelles illustrations à l'imbrication des trois pouvoirs en droit positif. Ainsi, tout d'abord, la loi du 2 mars 1982, art. 25, al. 5, dispose: « Le président du Conseil général gère le domaine du département. A ce titre, il exerce les pouvoirs de police afférents à cette gestion, notamment en ce qui concerne la circulation (...) ». Cette disposition soulèvera très certainement de grandes difficultés d'appli-

Il apparaît donc que le schéma que nous avons exposé ne saurait être retenu sans autre examen.

C. NÉCESSITÉ DE RÉEXAMINER LES SOURCES DE CONTRADICTIONS

144. — Face à cette imbrication, certains auteurs ont estimé que la distinction de ces pouvoirs ne présentait pas tout l'intérêt qu'on peut lui croire attaché. D'autres, au contraire, en ont tiré la conviction que les rapports entre ces pouvoirs ne s'établissaient pas de la façon dont l'opinion dominante le pensait. Par ailleurs, celle-ci n'a jamais été — il s'en faut — toujours identique à elle-même. Il en résulte qu'au total une mosaïque d'analyses très différentes de celle que nous avons résumée se contrariaient mutuellement.

L'évolution générale des idées part, au XIX^e siècle, d'une assimilation entre les concepts de police de la conservation et de police en général, d'une part, et, d'autre part, d'une opposition entre ceux de police et de gestion. Dans une deuxième phase, qui se situe dans son état le plus caractéristique entre les deux guerres mondiales, les rapports entre ces trois notions vont exactement s'inverser : la police de la conservation s'oppose à celle de l'ordre public et la notion de gestion se mêle, d'une façon ou d'une autre, à celle de police. Dans une troisième phase, qui représente l'opinion dominante contemporaine, l'opposition entre police de la conservation et police de l'ordre public se confirme ; mais la gestion, elle aussi, recommence à s'opposer à la police de l'ordre public et tend à absorber la police de la conservation. A la même époque, des tentatives ont été faites pour dépasser l'opposition entre police de la conservation et police de l'ordre public et en même temps pour atténuer celle qui s'est instaurée entre gestion et police.

L'objet de ce chapitre sera donc double : rechercher d'abord comment se présente l'évolution historique des rapports entre ces trois pouvoirs et rechercher ensuite les critères de leur distinction.

cation, car si on connaissait la police, la police de la conservation et la gestion du domaine public — même si on ne sait pas comment la distinguer exactement — on ne connaissait pas jusqu'à maintenant « la police afférente à la gestion du domaine public ». En second lieu, la loi du 22 juillet 1983, art. 119 et s., attribue au maire et au président du Conseil général le pouvoir de coordonner les différents travaux dont l'exécution affecte le sol et le sous-sol des voies publiques, nouvelle application — fort bienvenue — de la police de la conservation du domaine. Mais il se trouve que la répartition des compétences en la matière recoupe plutôt, au moins en partie, celle de la police de l'ordre public ; en effet, à l'intérieur des agglomérations, le maire est compétent pour toutes les sortes de voies, même départementales ou nationales (sous réserve des routes classées à grande circulation), si bien que la détermination des autorités compétentes pour exercer ce pouvoir de conservation ne prendra pas en considération la propriété des voies concernées, au moins dans cette mesure.

Section I : Evolution historique des rapports entre police administrative, police de la conservation et gestion du domaine public.

Section II : Recherche des critères de distinction entre police administrative, police de la conservation et gestion du domaine public.

SECTION I

ÉVOLUTION HISTORIQUE DES RAPPORTS ENTRE
POLICE ADMINISTRATIVE, POLICE DE LA CONSERVATION
ET GESTION DU DOMAINE PUBLIC

145. — La complexité des rapports entre les notions de police administrative — ou, plus spécialement, de police de l'ordre public général —, de police de la conservation et de gestion du domaine public provient, ainsi que les impasses théoriques et pratiques auxquelles leur distinction a conduit, de deux causes essentielles : d'une part, la restriction dans l'opinion juridique dominante de la notion de police qui, depuis la fin du XIX^e siècle, tend à être confondue avec la police de l'ordre public général local ; d'autre part, l'immobilisme dans lequel la pensée juridique a, depuis cette époque, enfermé la notion de police alors que les pouvoirs que l'administration exerçait sur le domaine public — lesquels n'étaient, à l'origine, que des pouvoirs de police — se sont quant à eux étendus jusqu'à un point à partir duquel il a semblé nécessaire, pour rendre compte de cette extension, de faire appel à une autre notion que la police.

Depuis l'entre-deux guerres, la doctrine appréhende ce problème du seul point de vue du droit domanial et de la notion de domaine public. A notre avis, un changement d'approche de ce problème apparaît indispensable si l'on veut comprendre la complexité de ces rapports et sortir des impasses évoquées : pour une fois, il faut les aborder du point de vue de l'évolution de la notion de police, qui est première dans l'histoire des pouvoirs de l'administration sur le domaine public. Cette approche permettra, dans la seconde partie de cette étude, de faire la critique du « morcellement des pouvoirs » de l'administration sur le domaine public, à partir de l'hypothèse énoncée ci-dessus. En attendant, nous entendons rester sur un plan purement descriptif.

Pour la clarté de l'exposé, il vaut mieux, malgré le caractère triangulaire de ces rapports, étudier d'abord le couple police de l'ordre public et police de la conservation (§ 1), ensuite le couple police administrative et gestion du domaine public (§ 2).

§ 1. ÉVOLUTION HISTORIQUE DES RAPPORTS ENTRE POLICE DE
L'ORDRE PUBLIC ET POLICE DE LA CONSERVATION

La première phase de l'évolution historique assimilait conceptuellement les deux polices, encore qu'elle en distinguait les régimes

(A) ; la seconde les a opposées sur ces deux plans (B) ; la troisième tente aujourd'hui de dépasser l'opposition conceptuelle bien que les régimes demeurent différents (C).

A. ASSIMILATION CONCEPTUELLE INITIALE
ENTRE POLICE DE LA CONSERVATION ET POLICE

Au XIX^e siècle, il n'existait pas de différenciation conceptuelle entre police et police de la conservation du domaine (1^o) car la diversité des thèses que cette époque a émises à propos de la nature du droit que l'administration exerçait sur le domaine public n'avait pas encore affecté l'unité de la notion de police du domaine public (2^o).

1^o L'unité de la notion de police au XIX^e siècle à propos
du domaine public

146. — La notion de police qui régnait au siècle dernier, héritière de celle du XVIII^e siècle, était extrêmement large et, peut-on dire, relativement indéterminée dans ses objets, ses buts et ses procédés¹. Dès lors, ni l'objet de la police de la conservation (le domaine public ou la voirie), ni son but (la protection des intérêts patrimoniaux de la collectivité), ni ses procédés (le système répressif ou *a fortiori* les règlements préventifs relatifs à la voirie)² ne faisaient obstacle à l'assimilation de la police de la conservation à une véritable police³.

En outre, on ne concevait pas que les pouvoirs de l'Etat à l'effet de conserver le domaine public pussent s'analyser autrement qu'en des pouvoirs de police : en tant qu'ils s'imposaient à la volonté des particuliers, ils apparaissaient nécessairement comme des attributs de la puissance publique ou comme des actes d'autorité, c'est-à-dire des actes de police⁴.

1. Ainsi, E. Laferrière était parfaitement fondé à son époque à assimiler, sous l'expression « police du domaine public », tous les

1 V. *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I, n^o 42 et s., notam. 48 et Chapitre précédent, Section II, n^o 111 et s. et n^o 115 et s. On se souvient que pour N. DELAMARE, « la voirie » était objet de police au même titre que les « manouvriers », les « pauvres », le ravitaillement, etc. V. *supra*, Introduction de la 1^{re} partie, n^o 39.

2 L'art. 29 de la loi des 19-22 juillet 1791 confirmait « provisoirement les règlements qui subsistaient touchant à la voirie » (cité par Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 59). V. aussi art. 484 ancien du Code pénal (*idem*).

3 V. à cet égard la loi du 22 décembre-8 janvier 1790 confiant aux administrations du département un pouvoir réglementaire « pour la conservation des propriétés publiques, forêts, rivières, chemins et autres choses communes et pour le maintien de la salubrité, de la santé et de la tranquillité publiques » : les deux polices ne sont pas ici distinguées.

4 V. P. GRIVELLE, *De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion*, Thèse Paris 1901.

pouvoirs de police que l'administration détenait à propos du domaine public : « la police du domaine public appartient à l'administration dans un intérêt général en vue d'assurer la conservation, l'usage public, le bon entretien du domaine »⁵. L'expression « police du domaine public » désignait donc une activité qui tenait son homogénéité de la seule unité de son objet : la notion existait en tant que catégorie juridique, malgré la diversité des procédés de cette police et malgré la variété des régimes qui caractérisait ceux-ci. Dans ce vocabulaire, il y avait cependant moins d'« incohérence » ou d'« anarchie »⁶ que de nos jours, celle-ci et celle-là n'étant apparues que plus tard, lorsqu'on a essayé d'analyser cette période avec des mots identiques mais dont les contenus conceptuels avaient profondément évolué.

2. De la même façon, Hauriou, à qui l'époque postérieure a reproché d'avoir confondu des notions distinctes⁷, pouvait encore parfaitement assimiler, sous l'expression « police du domaine public », tous les pouvoirs qui appartenaient à l'administration en vue d'assurer la conservation, l'usage, l'entretien et même « la meilleure utilisation du domaine »⁸.

La notion de police en général était en effet encore large. Quant à la police de la conservation, elle comprenait aussi bien — et surtout — le système répressif des contraventions de voirie que le pouvoir d'édicter des mesures réglementaires préventives en vue de protéger l'intégrité de certaines dépendances du domaine.

2^e La non-influence des diverses théories relatives au droit de propriété domaniale

147. — Le fait que la théorie du domaine public ait comporté trois phases au cours du XIX^e siècle — la première acceptant le droit de propriété, la seconde le niant, la troisième l'acceptant à

nouveau⁹ — n'a joué aucune influence — au moins en ce qui concerne les deux premières phases — sur la légitimité qu'il y avait à reconnaître l'appartenance de la police de la conservation à la notion de police. Cette constatation est fondamentale parce que, plus tard, l'affirmation du droit de propriété sur le domaine va constituer le principe même de l'opposition entre les deux notions.

1. Ainsi, l'expression de « police de la conservation » se rencontre dans certains textes de l'époque révolutionnaire¹⁰, laquelle avait, malgré cela, affirmé « la propriété absolue de la Nation sur le domaine public »¹¹. Elle se rencontre également dans des textes postérieurs¹², alors que « la plupart des auteurs du début du XIX^e siècle admettaient encore l'idée de propriété de l'Etat sur son domaine »¹³.

Lorsque l'idée de propriété a été mise en cause sous l'influence de Victor Proudhon, le domaine devenant essentiellement « domaine de police »¹⁴, il ne se trouvait *a fortiori* aucune objection à l'assimilation de la police de la conservation et de la police en général : le droit de « garde et de surintendance » incluait la conservation ; la connotation malgré tout patrimoniale du terme « surintendance » n'empêchait pas de voir dans ce pouvoir de conservation une véritable police¹⁵.

Cependant, dans ce contexte historique et doctrinal, un phénomène déterminant pour l'avenir se produisit ; il est, comme on le verra, le fruit d'un certain nombre de blocages : niant désormais le droit de propriété sur le domaine, la doctrine en conclut que l'administration ne saurait « user de son droit de police et de protection sur ces choses publiques pour s'en emparer et pour en percevoir les

⁵ *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., T. II, p. 548.

⁶ KLEIN, *op. cit.*, p. 48.

⁷ V. P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 89 ; WATRIN, article précité, R.D.P. 1936, p. 154. Certains auteurs contemporains du doyen HAURIU le critiquaient déjà, car ils étaient les précurseurs de l'époque ayant opposé par leur fondement la police de l'ordre public et la police de la conservation : J. LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 37 et s. et même PERRINJAQUET, *op. cit.*, p. 42-43. — Dans le même sens que M. HAURIU, V. MOREAU, *Manuel de droit administratif* 1909, p. 598.

⁸ V. à cet égard une réflexion très prophétique à la page 603 de son ouvrage, *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., 1897 : « L'Etat a la police des petits cours d'eau... [en vue d'assurer] la meilleure utilisation possible des eaux ». Il ne s'agissait certes pas de domaine public, mais l'idée est toujours sous-jacente pour les autres types de cours d'eau : « diriger enfin toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale » (voir L. 12-20 août 1790, chap. VI). V. aussi son *Précis*, 12^e éd., p. 848 ou 1^{re} éd., 892. La notion de police de la conservation était tellement large que, pour Hauriou encore, elle comportait même toutes les opérations d'affectation, de classement, de délimitation, d'alignement et de concession (V. 5^e éd., p. 610 s.).

⁹ V. R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'Ancien Droit*, Thèse Grenoble 1932 : J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 7 et s. L'Ancien droit et la Révolution reconnaissaient le droit de propriété du souverain sur le domaine public ; V. PROUDHON (*Traité du domaine public...*, 1^{re} éd., 1833-1834) rejette cette conception et se voit suivi par la majorité des auteurs de la deuxième moitié du XIX^e siècle ; HAURIU sera tout à la fin du XIX^e siècle l'instigateur de la réaffirmation de cette idée de droit de propriété.

¹⁰ L. 11 septembre 1790 citée par Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 51.

¹¹ J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 14.

¹² L. 30 mai 1851 sur « la police du roulage et les messageries publiques ».

¹³ J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴ V. de RÉCY, *Traité du domaine public*, 1894, T. II, p. 418 et s. : « L'administration exerce sur le domaine un droit de surveillance et de police ». — G. WATRIN (art. précité, p. 161) décrit cette époque comme celle du « Domaine-police ».

¹⁵ Cependant, l'institution des taxes ou redevances perçues à l'occasion de l'utilisation du domaine était rattachée à un pouvoir fiscal et non policier selon G. WATRIN (article précité, p. 162), A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, notam. p. 168, et J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 28 et s. — V. L. 29 juillet 1881 qui autorisait la perception de redevances pour occupation temporaire. V. aussi C. TEITGEN-COLLY, *Le principe de gratuité de la circulation*, R.D.P. 1982, p. 1081 et *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981.

profits au préjudice des particuliers »¹⁶. Alors que le droit de propriété n'était pas jusque-là un obstacle à la présence de la police de la conservation au sein de la notion générale de police, la négation du droit de propriété — en même temps qu'elle permettra de légitimer l'annulation pour détournement de pouvoir des mesures de police prises dans l'intérêt patrimonial¹⁷ — posera les bases de l'exclusion de la police de la conservation hors de la notion de police lorsqu'il apparaîtra que l'administration est néanmoins fondée, sur la base de certains textes spéciaux, à prendre des actes satisfaisant les intérêts financiers des collectivités¹⁸. En effet, ces actes ne pouvaient plus s'expliquer par un pouvoir de police parce que cette notion était de plus en plus assimilée au concept de puissance publique et, par suite, dans l'idéologie libérale, de plus en plus opposée à toute idée de patrimonialité ou de gestion.

À la fin de cette époque, Hauriou, bien qu'il soit à l'origine de la réintroduction du droit de propriété, peut encore parfaitement, comme on vient de le montrer, incorporer à la police en général la police de la conservation, sous réserve malgré tout de quelques nuances¹⁹. Cependant, de façon très contradictoire, cette assimilation prendra fin lorsque ses idées relatives au droit de propriété sur le

¹⁶ GAUDRY, *Traité*, T. I, p. 81-82, cité par J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷ V. C.E. 19 mars 1880, *Cie Centrale du Gaz*, Rec., p. 394 ; — 14 janvier 1910, *Meurdrat*, Rec., p. 26. V. aussi comme exemple de détournement de pouvoir dans l'intérêt privé : C.E. 15 novembre 1895, *Tauveron*, D. 1896, III, p. 89 et, pour la période postérieure qui applique toujours la sanction du détournement de pouvoir lorsque le but de la mesure de police est directement l'intérêt patrimonial : C.E. 29 juillet 1921, *Syndicat général des transports publics*, Rec., p. 791 ; — 12 novembre 1927, *de Bellescize*, Rec., p. 1048, D. 1928, III, p. 48, note MONSARRAT ; — 27 juillet 1927, *Société des Ateliers Turcat-Méry et Société des Usines Renault*, Rec., p. 969 ; — Cass. crim. 26 janvier 1924, D.H. 1924, p. 165 — Sur le détournement de pouvoir en général, V. A. BAHUER, *Le détournement de pouvoir*, Thèse Paris 1912 ; V. AUBRY, *Etude sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir*, Thèse Nancy 1920 et sur le problème plus particulier : BEURDELEY, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Thèse Paris 1928, C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica 1981. Cependant, l'arrêt Labonne (C.E. 8 août 1919, Rec., p. 737, G.A., p. 156) admettait que « les autorités départementales et municipales sont chargées par les lois, notamment par celle du 22 décembre 1789-8 janvier 1790 et celle du 5 avril 1884, de veiller à la conservation des voies publiques (...) ».

¹⁸ En dehors de l'application de ces textes, V. la jurisprudence reconnaissant aux autorités de police générale le droit de prendre dans le cadre de leur pouvoir de police générale (c'est-à-dire pour le maire sur le fondement de l'article 97) des règlements ayant pour effet, dans un but de sécurité, de permettre la protection matérielle de la voie : C.E. 29 janvier 1926, *Société des Plâtrières de Bagnolet*, Rec., p. 97 ; — 3 février 1926, *Société d'exploitation forestière de Paimpont*, Rec., p. 114 ; — 6 février 1933, *Ratto*, Gaz. Pal. 1933, I, p. 713 ; Rec., p. 13 ; S. 1933, E, 45 ; — 6 janvier 1933, *Ramel*, S. 1933, III, p. 113 ; — 6 juillet 1933, *Etablissements Bois Forêts*, La Loi 20-22 août 1933.

¹⁹ V. A cet égard la première édition du *Précis* de 1892 et les références citées *supra* note 8. Sur les auteurs comme WODON, SIMONNET, LECHALAS, MAGUERO, LEPINTE qui ont précédé ou selon le cas ont été inspirés par HAURIU, V. J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 23 et 40 s.

domaine — et non celles qu'il avait émises à propos de la police — exerceront l'emprise que l'on sait sur la doctrine postérieure.

B. AFFIRMATION DE L'OPPOSITION ENTRE POLICE DE LA CONSERVATION ET POLICE DE L'ORDRE PUBLIC

148. — La cause essentielle du changement dans les rapports entre la police de la conservation et la police en général réside d'abord dans la restriction que subit cette dernière notion et dans la confusion qui s'établit entre elle et ce que nous appelons maintenant « police générale » : cette période, sans toujours le préciser, oppose en effet la police de la conservation à la « police de l'ordre public au sens de l'article 97 »²⁰ de la loi municipale. On peut dès lors estimer que, si la doctrine avait vu que les notions qu'elle opposait n'étaient plus les mêmes que celles assimilées par la période précédente, le cours de l'évolution en eût été différent.

Mais, d'une façon générale, la doctrine ne s'intéresse pas à la notion même de police et encore moins au sort qu'elle subit : son attention est polarisée par le régime de ces actes, car la préoccupation fondamentale est de déterminer les limites des droits de la police. En outre, à l'exception de la thèse du Professeur Teitgen — qui porte d'ailleurs non sur la notion de police mais sur le régime de certains actes de police (ceux de la police générale municipale) — et de l'étude de G. Watrin — qui prend en charge sans examen critique une notion de police déjà transformée car elle est implicitement limitée à la notion de police générale municipale — l'ensemble des travaux de cette période envisage l'étendue des pouvoirs de l'administration non plus sous l'angle de la police mais sous celui de la théorie du domaine public. Cela ne constitue plus seulement la cause de la nouvelle conception de la police mais déjà un de ses effets.

En second lieu, le détachement de la notion de police de la conservation de celle de police en général est rendu possible par le développement de la thèse du droit de propriété de l'administration sur le domaine public²¹, droit qui va constituer un pôle d'attraction pour cette notion de police de la conservation. Son rattachement à la notion de gestion sera, quant à lui, facilité par le dépassement de l'opposition entre puissance publique et gestion (sous entendu privée), concepts qui se sont mutuellement intégrés dans celui de gestion publique. Certains auteurs ont ébauché cette dissociation

²⁰ P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 94, souligné par nous. Cet auteur se borne cependant à montrer une opposition de régime et non une opposition de nature entre les deux polices. V. *infra*, n° 149. Par contre, J. LAFERRIÈRE (*op. cit.*, p. 37 s.), WOLZENDORFF (article in *Archiv. für öffentliches recht* 1909, p. 372 s. cité par Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 112 s.), BEURDELEY (*Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Thèse Paris 1928) confondent police et police générale de l'ordre public (municipal).

²¹ Sur la progression de cette thèse, V. J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, 1^{re} Partie, Titre I.

entre police et police de la conservation (1°); d'autres l'ont systématisée (2°).

1° L'ébauche de l'opposition

149. — 1. Dès la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle, quelques auteurs comme Lepinte²² se font l'écho d'un antagonisme, qui sera de plus en plus accentué, entre patrimonialité et police. De même, J. Perrinjaquet²³ critique la formule du doyen Hauriou selon laquelle « la police du domaine public comprend tout ce qui est police de la conservation et en même temps tout ce qui est police de l'usage public là où cet usage a lieu »²⁴. J. Laferrière, trois années plus tard, exprime parfaitement l'origine de cette nouvelle opposition, alors même qu'il n'admet pas encore véritablement le droit de propriété sur le domaine : « l'acte administratif qui a pour but d'assurer la conservation (...) n'est pas fait par l'administration en vertu de son pouvoir de police » car « dans la police il n'y a aucun élément patrimonial ». Nous sommes tenté de dire, en employant *breveitais causa* une expression dont nous reconnaissons l'impropriété juridique, que c'est en qualité de propriétaire que l'administration prend les mesures nécessaires pour conserver le domaine (...) »²⁵. Ainsi, cette antinomie entre police et patrimonialité prolongeait ou se substituait à l'opposition — que l'on croyait nécessaire — entre puissance publique et gestion au moment même où cette opposition commençait en fait à perdre, sur un plan général, de sa réalité (en raison de l'apparition du concept de gestion publique). Surtout, cette antinomie impliquait la négation de ce que toute une tradition séculaire avait admis en traitant la police de la conservation comme une vraie police²⁶.

2. M. Teitgen marque nettement l'opposition entre les deux polices et reprend lui aussi la critique de la formule du doyen Hauriou²⁷ : « cette formule est critiquable, estime-t-il, parce qu'elle conduit à la confusion de la police du domaine public et de la police de l'ordre général ». C'est pour cette raison que M. Teitgen préfère parler de la « police de la voirie » et non pas de la police du domaine public²⁸. Cela indique cependant que l'auteur oppose les « deux

²² *Des occupations du domaine public*, Thèse Paris 1899, p. 48 s., cité par J.F. DENOYER (*op. cit.*).

²³ *Op. cit.*, p. 42, 43.

²⁴ *Précis D.A.*, 12^e éd., p. 848.

²⁵ *Op. cit.*, p. 37.

²⁶ J. LAFERRIÈRE, dès 1906, ne pense pas qu'il soit légitime, sinon par « habitude de langage » (p. 36), de parler d'une « police du domaine public ».

²⁷ « La police du domaine public comprend tout ce qui est police de la conservation du domaine public et en même temps tout ce qui est police de l'usage public là où cet usage a lieu », *Précis D.A.*, 12^e éd., p. 848. V. TEITGEN, *op. cit.*, p. 89.

²⁸ « En réalité il n'existe pas une police de la conservation du domaine public mais une police de la voirie » (p. 90) car la police exercée dans un but de conservation ne se rencontrerait, selon cet auteur, qu'en matière de voirie.

polices » non pas pour montrer que l'une ne serait pas de la police, mais pour éviter les risques de confusions pratiques : les « deux polices », écrit-il, peuvent donc avoir « le même objet » — « l'utilisation du domaine public par les administrés » — ; mais « la loi [leur] assigne un but très différent » : « le maire commet un détournement de pouvoir lorsqu'il régit le nom de l'article 97 l'usage du domaine public, non pas dans l'intérêt de l'ordre général, mais dans l'intérêt patrimonial de l'administration, dans celui du domaine et de sa conservation »²⁹. Cette affirmation reste aujourd'hui absolument incontestable dans les termes où elle est formulée et selon les réserves dont elle est accompagnée³⁰ ; en effet, l'auteur ne semble pas, sauf peut-être implicitement, être passé du plan de la distinction des régimes à celui de l'opposition de nature des deux polices.

2° La systématisation de l'opposition

150. — 1. Au contraire, A. de Laubadère, dans sa thèse fort importante et dans son traité, oppose les deux polices par leur nature.

Il accepte pleinement l'existence d'un pouvoir de l'administration tendant à conserver l'intégrité du domaine public — lorsqu'il y a un texte ou, à défaut, lorsque la viabilité est en cause³¹ — mais il tend à contester l'expression de « police de la conservation ». A son sens, la police de la conservation est constituée par l'ensemble des « mesures que les agents publics prennent à l'égard de l'usage commun ordinaire des voies publiques pour réglementer, limiter cet usage dans l'intérêt de la protection matérielle de la voie »³². Cette

Ce n'est inexact cependant puisqu'il existe une police de la conservation des rivages de la mer, lesquels ne sauraient s'analyser comme un élément de la voirie.

²⁹ P. 92, souligné par nous.

³⁰ L'auteur s'appuie explicitement sur la notion « d'ordre général » et sur l'article 97 ; par ailleurs, bien entendu, il réserve la possibilité instituée par la jurisprudence *Société des Plâtriers de Lagnole* précitée (V. *supra*, note 18) qui permet à l'autorité de police générale d'édicter une réglementation protégeant le domaine public ou plus exactement la voirie lorsque sa dégradation compromettrait la sécurité de la circulation, c'est-à-dire, de façon plus synthétique et précise, la viabilité, notion transactionnelle entre celles d'ordre public et de conservation.

³¹ Voir *Traité D.A.*, T. II, p. 174, § 319 : « La police de la conservation n'existe même pas sur tout le domaine public. Elle n'existe en effet que là où elle est prévue par des textes spéciaux, différents des textes qui, tel l'article 97 de la loi municipale, attribuent le pouvoir de police générale » (souligné par nous). « L'autorité chargée de [la circulation] ne peut, lorsqu'elle ne détient pas la compétence de conservation, utiliser, sous peine de détournement de pouvoir, à des fins de conservation, son pouvoir de police générale (...) ». Cependant, ajoute-t-il, ces mesures seront légales « si elles apparaissent en même temps comme nécessaires pour assurer la sécurité de la circulation elle-même », p. 175, § 320.

³² Thèse, p. 230.

prise de position apparaît pour son époque remarquable : d'une part, elle exprime une définition stricte de la police de la conservation qui en exclut le système répressif permettant de sanctionner les atteintes à l'intégrité matérielle³³; d'autre part, elle incorpore tous les textes habilitant certaines autorités administratives à intervenir dans un but de conservation par la voie réglementaire et préventive³⁴, alors même que la légitimité de ce pouvoir était auparavant mal acceptée et en tous cas limitée à un usage anormal de la voirie³⁵.

La portée de cette thèse est considérable car l'auteur donne à cette police un fondement théorique spécifique amplifiant par là l'opposition entre la police de la conservation et la police de la circulation : « alors que celle-ci se justifie par le pouvoir de police des agents publics celle-là doit être rattachée au droit de propriété »³⁶. A. de Laubadère, en s'appuyant dans son Traité sur une conception à la fois formelle et finaliste de la police (procédés unilatéraux mis en œuvre dans un but de sécurité, salubrité, tranquillité), accepte de rapprocher les deux polices par leurs « moyens » (« mesures préventives assorties de sanctions pénales »); mais il les oppose radicalement par leurs buts (« en vue de la conservation matérielle du domaine » et « non [de] la sécurité, tranquillité ou santé des usagers ») et, en conséquence, par leurs natures : « de ce fait la police de la conservation revêt un caractère patrimonial qui lui confère une nature différente de la police générale de l'ordre public »³⁷.

2. Ce sont des auteurs comme G. Watrin et R. Bonnard qui donnent la forme la plus radicale à cette opposition : pour celui-ci l'expression de « police de la conservation » est « fâcheuse » ou « impropre »³⁸; pour celui-là, « c'est par un abus de mots qu'en

33 P.H. TEITGEN écrit, lui, que « la police de la voirie » (c'est-à-dire de la conservation) « est constituée d'abord d'un ensemble de règles pénales éparpillées dans de multiples textes (...). Elle comprend également les règlements édictés pour la conservation des différentes catégories de chemins par les autorités administratives qui sont chargées par les textes d'assurer leur protection » (*op. cit.*, p. 90 s., souligné par nous). Ceci indique bien qu'antérieurement la police de la conservation était, pour l'essentiel, un système répressif tendant à la protection du domaine.

34 Réglementation des essais de vitesse de châssis automobile, de la circulation des poids lourds et autorisations préalables de ces activités. — V. aussi l'art. 15 du décret du 31 décembre 1922 relatif aux barrières de dégel et, sur le plan pénal, le décret-loi du 28 décembre 1926 soustrayant les atteintes à l'intégrité de la voirie au régime des contraventions de grande voirie pour les sanctionner comme des contraventions de police.

35 La définition donnée par le Traité est encore plus nette : « La police de la conservation consiste dans le pouvoir que détiennent certaines autorités administratives d'utiliser des moyens de police, c'est-à-dire d'édicter des mesures préventives assorties de sanctions pénales en vue de la conservation matérielle du domaine » (T. II, p. 173, § 316).

36 Thèse, p. 241. V. aussi p. 244 et 248.

37 Traité, T. II, § 312 et § 316.

38 Précis D.A., p. 416 et s.

matière de voie publique on désigne du même mot "police" les mesures relatives au roulage et à la conservation »³⁹.

Cette époque a sans conteste déterminé la conception que la majorité actuelle des auteurs se fait des rapports entre police de la conservation et police. Cependant, l'assimilation ancienne va réapparaître dans certains travaux, de façon beaucoup plus nuancée qu'autrefois et surtout de façon beaucoup plus malaisée : en effet, les auteurs qui ont tenté de réaliser les dépassements de cette opposition ne se sont pas toujours avisés que les notions — et particulièrement la notion de police — qu'ils cherchaient à rapprocher n'étaient plus les mêmes que celles que les auteurs classiques assimilaient à juste titre.

C. ESSAIS DE DÉPASSEMENT DE L'OPPOSITION ENTRE POLICE DE LA CONSERVATION ET POLICE DE L'ORDRE PUBLIC

151. — Sensible non plus à la différence des fondements ou à celle des buts, mais bien plus à la rencontre de ces buts dans des notions uniques — l'affectation, la destination, la viabilité — et prenant appui sur une volonté d'unité des théories concernées — celle de la domanialité publique ou, selon les cas, celle de la police —, un courant doctrinal, assez minoritaire, s'est manifesté surtout depuis la deuxième guerre pour tenter de nuancer ou même de briser l'opposition entre les polices de l'ordre public et celle de la conservation.

On doit distinguer ici deux tendances : la première s'intéresse surtout à la notion d'affectation qui lui permet de « transcender »⁴⁰ l'opposition (1°); la seconde, plus radicale, la nie au prix d'une certaine option relative à la notion de police administrative et certaines révisions concernant la notion de police de la conservation (2°).

1° Les nuances apportées à l'opposition par les notions de « police de la destination » et de « police de l'affectation »

152. — 1. Dans son ouvrage sur « Les traits principaux du régime des biens du domaine public »⁴¹, L. Jansse estime que la police de l'ordre public exercée sur le domaine public est une « police de l'utilisation du domaine public ». Cette police est pour

39 V. article précité, R.D.P. 1936, p. 154-155 et *La police de la circulation sur les voies publiques* (Cahier de droit administratif 1936). V. aussi J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 120 et s. (not. p. 133) qui s'inspire de l'article de G. WATRIN. Pour ces auteurs, il n'existe pas de police de la conservation car celle-ci est absorbée dans la gestion du domaine public (V. *infra*, n° 154 et s.).

40 KLEIN, *op. cit.*, p. 80.

41 Sirey 1938. L. JANSSE a certes publié son ouvrage avant la seconde guerre, mais il peut être assimilé aux auteurs de cette période en raison de la similitude des inspirations.

lui, comme l'a montré M. Klein⁴², « la forme domaniale de la police générale de l'ordre public » car — c'est L. Jansse qui l'écrit — « elle dérive » non des principes de la domanialité, mais de « la police des lieux publics »⁴³. Au contraire, la police de la conservation ne « se rattache qu'aux caractères spéciaux du régime de ce domaine et à l'utilité publique qu'il présente »⁴⁴. Cependant, l'auteur n'oppose plus du tout police de la conservation et police de l'ordre public puisque, si cette dernière ne peut être mise en œuvre dans un intérêt patrimonial, la première n'est légitime à son sens que si l'ordre public est en cause ; elle ne pourrait même, selon lui, viser uniquement un but de conservation⁴⁵. Cette opinion, très contestable comme on le verra, s'explique par le fait que L. Jansse ne replace pas ce problème des pouvoirs des autorités de police dans le cadre du principe de légalité, et qu'il ne distingue pas selon l'autorité de police considérée ou selon la base légale de ses pouvoirs. C'est la prise en considération des seuls pouvoirs des autorités de police générale locale et de la seule jurisprudence relative à la notion de viabilité qui le conduit à ces affirmations et à ce demi-dépassement⁴⁶.

2. Dans son ouvrage « L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs »⁴⁷, préfacé par René Capitant, G. Maroger apparaît conscient de l'opposition du fondement et du but des deux polices, telles qu'elles ont été analysées par P.H. Teitgen et A. de Laubadère. Mais, pour briser les causes de cette opposition, il va rejeter du régime exorbitant du droit domanial les idées — comme celle de la propriété privée⁴⁸ — qui aboutissent à consacrer la rupture des deux polices. Pour cela, il s'appuie sur les principes de la domanialité et notamment sur le principe de l'affectation qui, seul, lui permet de dégager « une notion commune » à la police de la circulation et à la police de la conservation, qu'il appelle « police de la destination ou police de l'affectation optima des biens à l'utilité publique »⁴⁹. Mais comme cette police peut

⁴² *Op. cit.*, p. 77.

⁴³ *Op. cit.*, p. 81-82 cité par KLEIN, p. 77.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 207, n° 336.

⁴⁶ On peut rapprocher de la théorie de L. JANSSE celle de M. Y. LENOIR ; celui-ci s'appuyant sur une notion assez formelle de la police — tirée de l'identité des procédés de prescriptions unilatérales et de sanctions pénales — retient lui aussi l'idée de l'unité des polices de la conservation et de la circulation, bien qu'il admette parfaitement, quant à lui, que « les polices de la conservation » revêtent un caractère patrimonial (*La part de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, Thèse Paris 1964, 258 p., multigraph.).

⁴⁷ Sirey 1942, 611 p.

⁴⁸ Comme R. CAPITANT (Voir C.E. 17 février 1932, *Commune de Barran*, D. 1933, III, p. 49), MAROGER dissocie propriété privée et affectation et explique tout le régime exorbitant de la domanialité par la notion d'affectation, si bien que cela aboutit, sur le plan de ce que ce régime comporte de dérogaire au droit commun, à nier tout effet au droit de propriété.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 257.

utiliser les procédés de la police traditionnelle (les mêmes arrêtés que ceux de l'article 97), elle n'est finalement pour lui « qu'une catégorie de la police générale de l'ordre public »⁵⁰.

Dans ces thèses, l'assimilation entre police générale de l'ordre public et conservation n'est proposée qu'avec beaucoup de nuances et de restrictions. Au contraire, M. Klein n'hésite pas à affirmer « l'unité de la notion de police », quitte à nier la « notion mythique »⁵¹ de police de la conservation.

2° L'assimilation de la police de la conservation à la police de l'ordre public

153. — 1. « L'idée centrale (de M. Klein) est, en effet, que la prétendue police de la conservation du domaine public, ainsi que ses composants, n'est en réalité qu'un aspect particulier de la police générale de l'ordre public en tant qu'elle est exercée sur le domaine public. Le phénomène fondamental à prendre en considération est ici la possibilité d'adaptation de la police, possibilité qui, dans le cadre très général de l'ordre public, est pratiquement infinie »⁵². Le principe de l'affectation n'est pour lui qu'un « simple phénomène explicatif » mais pas un principe juridique : le principe juridique est ici l'adaptabilité de la police car c'est lui qui permet d'intégrer la conservation à la notion d'ordre public général.

Alors que « la conservation, reconnaît-il, est totalement détachée de l'ordre public dans les cas de toutes les dépendances du domaine public qui ne sont pas de la voirie », ces deux notions se rencontrent lorsqu'au contraire la dépendance est affectée à la circulation : « La circulation [y] est un élément de l'ordre public »⁵³ et l'intégrité matérielle de la voie — qui est une condition de la circulation — relève alors de l'ordre public : c'est la notion de viabilité qui « sert de joint entre la circulation et la protection du domaine », si bien que l'auteur peut affirmer « l'unité de la notion de police en tant qu'elle s'exerce sur le domaine public »⁵⁴.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 265. Proches des points de vue mentionnés ci-dessus, Joëlle Lepennec, bien qu'elle distingue les deux polices de conservation et de l'ordre public général quant à leur régime, tend à les assimiler du point de vue conceptuel (*L'exercice des pouvoirs de police sur le domaine public en droit administratif français*, Thèse Rennes 1969, multigraph., 2 vol., 291-535 p.). Elle se fonde pour cela, d'une part, sur l'interaction des buts de l'une et l'autre police qui se manifeste dans la notion d'affectation (Voir p. 41 : « Toute dégradation portée à un bien compromet son affectation tout en risquant de nuire à l'ordre public ») ; d'autre part, sur une notion formelle de la police, c'est-à-dire fondée essentiellement sur l'identité des autorités et des procédés des diverses polices (Voir *op. cit.*, p. 13 et s. et III^e Partie).

⁵¹ *Op. cit.*, p. 125.

⁵² *Op. cit.*, p. 120. Plus loin, l'auteur va jusqu'à écarter l'idée d'une police de la conservation du domaine public, aussi bien au niveau du vocabulaire qu'à celui du fond de l'idée (p. 215) (V. aussi p. 274).

⁵³ *Op. cit.*, p. 213.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 123 s.

2. Mais M. Klein ne peut adopter une telle position qu'en ne retenant lui aussi — dans une mesure moindre toutefois — qu'une notion formelle de la police fondée sur l'identité des techniques normatives que tous ses actes mettent en œuvre. De même, il est obligé de rompre l'unité ancienne de la notion de police de la conservation : en effet, s'il intègre dans la notion unique de police les procédés de réglementation tendant à la protection du domaine, il en rejette forcément ceux qui, initialement, constituaient l'essentiel sinon le tout de la police de la conservation, c'est-à-dire les procédures répressives et les « actions en réparation »⁵⁵.

Bien que la différenciation entre police et police de la conservation n'ait pas été entièrement déterminée par la nature des rapports qui se sont établis entre police et gestion du domaine public, il est patent que le développement de l'idée de gestion du domaine public a accéléré cette dissociation entre police et police de la conservation dans la mesure où certains de ses artisans ont réduit cette dernière à une forme de la gestion domaniale⁵⁶.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 15-16. V. aussi p. 66 et s. M. PAPANICOLAÏDIS intègre lui aussi la police de la conservation dans la notion de police, mais sans justifier autrement son point de vue. (V. *supra*, n° 76).

⁵⁶ V. G. WATRIN, art. précité, p. 154 et s.; mais l'auteur réduit lui aussi la police de la conservation aux mesures visant « la viabilité ». J.L. MARTRES, qui reprend ces idées, assimile plus nettement police de la conservation et gestion. *Contra* : J.M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *op. cit.*, § 262, p. 362.

§ 2. ÉVOLUTION HISTORIQUE DES RAPPORTS ENTRE POLICE ADMINISTRATIVE ET GESTION DU DOMAINE PUBLIC

154. — On observe dans les rapports entre la notion de gestion et celle de police une évolution semblable à celle que nous venons de décrire. Mais, à certains égards, elle en diffère : les idées se révèlent encore plus floues que précédemment ; les faits et le droit positif se prêtent plus difficilement à la systématisation ; des contradictions apparaissent entre les positions adoptées à ce propos et celles énoncées au sujet des rapports entre la police et la police de la conservation.

Un fait surtout nous semble essentiel : le sens du mot « gestion » varie selon les époques et selon les auteurs ; or ceux-ci ne paraissent pas s'en être toujours inquiétés ; le mot revêt au moins quatre significations entre lesquelles la pensée glisse en effet facilement.

1) Dans un sens très général et a-juridique, le mot désigne une activité : celle ayant pour objet d'administrer, de conserver de régir, — de gérer — une chose ou un bien ; c'est en ce sens que M. Chenot a pu dire : au XIX^e siècle, « le domaine public apparaissait comme une sorte de zone réservée dont l'Administration avait la garde. Des exigences de police en dominaient la gestion »¹.

2) Dans un second sens, cette fois-ci exclusivement juridique, l'expression « acte de gestion » s'opposait au XIX^e siècle à celle « d'acte d'autorité » ; l'intérêt de la distinction reposait, on le sait, sur l'effet déterminateur de compétence juridictionnelle : compétence judiciaire pour celui-là, compétence administrative pour celui-ci. Les actes de gestion étaient, en ce sens, « ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics » ; les actes d'autorité étaient ceux que l'administration exécutait « en tant que dépositaire d'une part de souveraineté »². La définition d'E. Laferrière montre que la spécificité de ces actes de gestion se fondait sur leur régime juridique d'acte de droit privé : dans une matière d'« intendance », ils ne pouvaient mettre en œuvre la puissance publique³.

3) Lorsque la jurisprudence⁴ eut décidé que l'ordre administratif était compétent pour connaître de certains actes considérés

¹ Concl. sur l'arrêt *Cie Maritime de l'Afrique Orientale*, C.E. 5 mai 1944, D. 1944, p. 164 s., S. 1945, III, p. 15 ; R.D.P. 1944, p. 236.

² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., T. II, p. 484 et s. : les actes de gestion étaient par exemple « les marchés passés par l'administration pour assurer le fonctionnement des services publics et l'exécution des travaux d'intérêt général... les actes faits pour la mise en valeur des propriétés publiques, les engagements pécuniaires contractés par l'Etat ou par les administrations locales... ».

³ V. P. GRIVELLE, *op. cit.*, et KOECHLIN, *op. cit.*

⁴ T.C. 8 février 1873, *Blanco*, Rec., 1^{er} suppl., concl. David ; D. 1873, III, p. 17, concl. ; S. 1873, III, 153, concl. ; C.E. 6 février 1903, *Terrier*, Rec., p. 94, concl. Romieu, S. 1903, III, p. 25, concl. Romieu, note HAURIOU ; T.C. 29 février 1908, *Feuzy*, Rec., p. 208, concl. Teissier.

jusqu'à-là comme « actes de gestion » et lorsque la répartition des compétences juridictionnelles commença à s'opérer sur la distinction des activités à gestion publique ou à gestion privée⁵, le vocabulaire juridique maintint l'expression *acte de gestion*, mais alors dans une acception différente (quoique directement issue de la précédente) : c'est ce qui a permis de faire perdurer l'opposition entre gestion et police (opposition qui était toute relative puisque la police, municipale du moins, pouvait porter sur des objets de gestion et n'était pas entièrement assujettie à un régime de droit public)⁶, alors que cette opposition aurait dû disparaître d'un certain point de vue dès lors que, depuis l'avènement de la gestion publique, les actes de gestion pouvaient désormais suivre le même régime de droit public que la police. Si donc l'opposition entre gestion et police a pu être maintenue, voire accentuée dans un premier temps, c'est bien essentiellement parce que le sens du mot gestion avait changé : il ne désignait plus en effet un régime juridique, mais des activités définies de façon simplement matérielle, par leur objet, leur domaine ou leur but. En ce troisième sens, relève encore de la gestion tout ce qui touche à la patrimonialité, à l'intérêt économique, à une activité industrielle, commerciale ou de service. Cette opposition s'est d'autant mieux affirmée que, par ailleurs, les progrès du libéralisme produisant leurs effets sur le plan du droit positif, la police municipale s'est vue de plus en plus cantonnée dans des buts, des matières ou des objets non-patrimoniaux. Toutefois, l'apparition de la notion de gestion publique a eu une portée beaucoup plus complexe encore : d'un autre point de vue, le caractère public de cette gestion l'a rapprochée en même temps de la police en ce qu'il implique des prérogatives de puissance publique. Or toute l'histoire des rapports de la notion de police avec les autres pouvoirs de l'administration sur le domaine public (de même qu'avec les activités de service public) procède de l'ambiguïté constante dans laquelle le mot gestion a été entendu : en jouant de cette ambiguïté, la pensée juridique a pu tout aussi bien opposer les deux notions que les mêler en greffant sur la police, comme on va le voir, des pouvoirs de gestion domaniale qui ont fini par prospérer au détriment de notre notion. C'est en ce sens qu'il faut maintenant comprendre le terme d'acte de gestion.

4) En ce dernier sens, le terme « actes de gestion » désigne de nos jours les actes normatifs d'administration du domaine public qui s'imposent bien sûr à la volonté des particuliers, mais qui se

5 Concl. David précitées et surtout HAURIOU, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, 1899, et concl. Romieu précitées sur l'arrêt Terrier.

6 On sait en effet que devant le juge judiciaire tout particulièrement, la distinction gestion-autorité n'eut pendant longtemps aucune prise sur les actes de police municipale quels qu'ils fussent ; le juge judiciaire se reconnaissait en effet compétent en raison de la nature privée « de l'association communale ». V. *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I, n° 42 et s., notam. n° 46 et 49.

distinguent des actes de police sur le domaine public de la façon que nous essaierons de déterminer⁷.

A cette difficulté terminologique s'en ajoute une autre : les phases de l'évolution sont plus complexes que précédemment, même si la plupart d'entre elles correspondent à celles que nous venons de délimiter : en effet, si au XIX^e siècle la police et la police de la conservation étaient liées tandis que la gestion et la police étaient opposées (A), les rapports internes des éléments de ces couples vont s'inverser vers la fin du XIX^e siècle et surtout au début du XX^e siècle : la police et la police de la conservation se séparent comme nous l'avons vu, alors que la gestion et la police tendent au moins partiellement à s'associer (B). S'ouvre alors une période assez longue — du début du siècle jusqu'à nos jours — qui ne comporte qu'une phase en ce qui concerne la séparation de la police et de la police de la conservation mais deux phases en ce qui intéresse les rapports entre gestion et police : en effet, au milieu de cette période, c'est-à-dire à partir de l'après-guerre et surtout de 1957, ces deux dernières notions, au lieu de prolonger leur association par une confusion, se détachent à nouveau l'une de l'autre (C) malgré certaines tentatives doctrinales d'assimilation (D).

Il résulte de tous ces éléments que le fil de l'évolution que nous voulons décrire est plus difficile à saisir et que les regroupements peuvent apparaître plus contestables : il n'en reste pas moins que le sens de cette évolution est certain.

A. OPPOSITION INITIALE ENTRE GESTION ET POLICE

155. — Cette opposition entre gestion et police découle en partie de la dichotomie entre « actes de gestion » et « actes d'autorité » ci-dessus rappelée⁸. Il n'est pas question de reprendre ici l'exposé de cette distinction mais seulement de montrer quelles en étaient les implications à l'égard des pouvoirs de l'administration sur le domaine public. Celles-ci peuvent se résumer de la façon suivante : toutes les interventions de l'administration sur le domaine se rattachent à cette époque à la notion de police en tant qu'elles sont opposables à la volonté des particuliers.

Il faut, de cela, tirer deux conséquences : alors que de nos jours la notion de « motifs de police », telle que la doctrine dominante l'oppose à celle « motifs de gestion », ne comprend au sens strict que des préoccupations de tranquillité, sécurité et salubrité publiques, elle était à l'époque beaucoup plus large car la notion de police n'était pas encore limitée à la trilogie municipale. Dans ces conditions, l'administration, même lorsqu'elle se fondait sur des

⁷ Ce sens est celui consacré par la jurisprudence *Société Nationale d'Editions Cinématographiques* du 20 décembre 1957 (précitée).

⁸ V. *supra*, n° 154.

considérations⁹ étrangères à la trilogie municipale pour régir l'utilisation par les particuliers du domaine public, était réputée prendre des actes de police et non pas, comme de nos jours, des actes de gestion (1°). Pour des raisons identiques, les permissions de voirie elles-mêmes, quels que fussent les motifs de leur octroi, de leur refus, voire de leur retrait, ne pouvaient être à l'époque que des actes de police et non, comme de nos jours, des actes de gestion (2°).

1° *Les considérations qui inspirent les actes régissant l'utilisation du domaine public relèvent toutes de la police au XIX^e siècle*

156. — Nous voulons montrer : d'une part, que le type de considérations inspirant un acte n'était pas à cette époque le critère de la qualification de celui-ci (mais seulement une condition de sa légalité) et que c'était plutôt la nature de l'acte qui permettait de qualifier le type de motif invoqué ; d'autre part, que certaines de ces considérations fondant à cette époque les actes de police ne seront jugées légales ou légitimes au début du xx^e siècle qu'à la condition de les rattacher à un pouvoir de gestion et non plus à la police.

1. La constatation selon laquelle les considérations inspirant les actes réglementant l'utilisation du domaine public relevaient toutes de la police au cours du XIX^e siècle ne devrait présenter en elle-même rien qui puisse étonner : dire que ces actes auraient pu être fondés sur des considérations de gestion aurait été un non-sens puisque la gestion désignait des actes qui, par leur nature, étaient privés et ne pouvaient de ce fait se confondre avec les actes d'autorité qu'étaient les actes de police¹⁰.

Toutefois, affirmer qu'à cette époque tous les motifs légaux relevaient nécessairement de la police n'implique évidemment pas que tous les motifs de police étaient légaux dans n'importe quelles conditions : en effet, le pouvoir de police générale était limité par

9 Nous employons à dessein le terme « considérations » malgré son caractère extrêmement vague. En effet, à cette époque où la technique de contrôle de légalité des actes administratifs n'était pas affinée comme elle l'est de nos jours, le vocabulaire employé ne distinguait guère les « motifs » des « buts » ou des « considérations » ; le juge recherchait simplement si l'acte incriminé n'avait pas violé la loi : l'élément but, appelé encore « mobile » de l'auteur de l'acte n'a été contrôlé de façon spécifique, c'est-à-dire par le cas d'ouverture du détournement de pouvoir, que dans la deuxième moitié du XIX^e siècle ; on s'accorde à penser que ce contrôle date de l'arrêt C.E. 25 février 1864, *Lesbats* (Rec., p. 209, concl. L'Hopital) ; à cette époque et pendant quelques années encore, la Cour de cassation se bornait à rechercher si l'acte avait été pris dans le « cercle légal des attributions » de l'autorité concernée (sur ce point, V. TEITGEN, *op. cit.*, p. 114 ; CASTAGNE, *op. cit.* ; BON, *op. cit.*, p. 399 et 410 et s.) ; le contrôle des motifs proprement dits ne s'est véritablement perfectionné, comme on le sait, qu'au début du XX^e siècle (Voir J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 1200 et s. notam.).

10 C'est aussi pour cette raison que la police de la conservation relevait de la police et non de la gestion, même s'il fallait un texte particulier pour habiliter l'autorité de police à prendre des règlements préventifs destinés à protéger l'intégrité du domaine public.

certaines règles qui lui interdisaient de viser des buts non postulés par la loi conférant ce pouvoir. C'est pourquoi se voyaient sanctionnés pour détournement de pouvoir les arrêtés intervenus, par exemple, dans le but de régler les conditions de concurrence entre diverses entreprises de transport¹¹ ou d'assurer l'exécution de traités passés entre l'une de ces entreprises et une commune¹² ; de la même façon, étaient annulés les retraits de permission de voirie fondés sur le refus du permissionnaire de souscrire l'engagement de payer des redevances¹³.

2. La réglementation municipale des transports fournit une jurisprudence abondante permettant d'illustrer notre propos : à cette époque, l'autorité administrative pouvait, dans le cadre de ses pouvoirs de police, imposer des obligations « d'intérêt général » et même de « service public » — qui restaient des obligations de police —, alors que plus tard on verra dans des obligations similaires la manifestation d'un pouvoir de gestion ou dans un premier temps, d'un pouvoir simplement inspiré par des considérations de gestion¹⁴ et¹⁵.

11 C.E. 25 février 1864, *Lesbats*, Rec., p. 209, concl. L'Hopital ; D.P. 1864, III, p. 25 ; — 7 juin 1865, D. 1866, III, p. 29. Il n'y a pas de détournement de pouvoir cependant lorsque la limitation du nombre de véhicules ou d'entreprises se fonde sur des considérations de bon ordre ou de commodité de la circulation. V. *infra*, note 15.

12 C.E. 2 août 1870, *Bouchardon*, Rec., p. 970 ; D.P. 1872, III, p. 27 ; — 19 mai 1865, *Barthélémy*, Rec., p. 537, concl. Aucoc.

13 C.E. 29 novembre 1878, *Dehaynin*, S. 1880, II, p. 155 ; — 15 juin 1883, *Société Française du matériel agricole*, Rec., p. 578.

14 Comparer à cet égard la jurisprudence sur laquelle nous nous appuyons ci-dessous (note suivante) et les arrêts *Compagnie maritime de l'Afrique Orientale* ou *Compagnie carcaissonnaise de transports en commun* (cités *infra*).

15 Ainsi, par exemple, le célèbre arrêt *Lesbats*, rendu le 25 août 1864 par la Cour de cassation reconnaît la légalité de l'obligation imposée à une entreprise de desservir tous les trains à l'arrivée ou au départ, « une telle clause ayant pour objet les nécessités impérieuses du service », « les conditions imposées aux entrepreneurs de voitures publiques sont légales, poursuit l'arrêt, dès lors qu'elles ont pour but le service public et l'exploitation à un point de vue général » (D.P. 1865, I, p. 18). V. aussi Cass. crim. 6 décembre 1862, D.P. 1863, I, p. 39 ; — 14 novembre 1869, I, p. 312 (*Bouchardon*). V. aussi : C.E. 9 août 1893, *Chambre syndicale des chauffeurs de voitures de place* (Rec., p. 676).

— Le fondement légal du type d'obligations dont il s'agit dans l'arrêt *Lesbats* ne peut se trouver dans les nécessités de la circulation ou du bon ordre — qui seules aujourd'hui sont considérées comme des « motifs de police » — mais directement dans les nécessités de ce qu'était déjà — en fait — un service public. Il n'en va pas de même bien entendu, pour la jurisprudence reconnaissant aux autorités locales le droit de limiter, dans un but de sécurité et de commodité de la circulation, le nombre des entreprises et des véhicules en circulation : il s'agit là non pas de considérations de service public, mais directement de bon ordre : voir C.E. 2 août 1870, *Bouchardon*, D.P. 1872, III, p. 27 ; Cass. ch. réunies, 24 février 1858, *Aujouvin*, D.P. 1858, I, p. 256, qui reconnaît légale l'institution d'un monopole de fait accordé à un transporteur pour des motifs de sécurité et de bon ordre ; V. aussi Cass. crim. 1^{re} août 1884, *Marceau*, D. 1884, I, p. 85 et la note ; C.E. 7 décembre 1888, *Ponthas*, concl. Gauvain, D. 1888, III, p. 9. Au contraire, à partir de la jurisprudence *Société des autobus antibois*, l'autorité de police pourra protéger le concessionnaire municipal non pas

Ainsi, les types de motifs que l'on rattachait à la police dépassaient largement les considérations de sécurité, de tranquillité et de salubrité; et, lorsqu'ils échappaient à cette trilogie, il n'était pas possible d'en inférer que l'acte n'appartenait plus à la police. Ces assertions se vérifient à propos de la permission de voirie.

2° La nature d'acte de police de la permission de voirie au XIX^e siècle

157. — Etant donné le sens du mot « gestion » au cœur du XIX^e siècle, la permission de voirie ne pouvait être qu'un acte de police : une jurisprudence constante l'a répété¹⁶ et la doctrine

pour de simples raisons de sécurité et de commodité mais, directement, parce que la protection de ce concessionnaire constitue en elle-même un motif légal d'intervention. C'est également à des considérations de sécurité et de bon ordre qu'il faut, semble-t-il, rattacher la légalité des ordonnances du préfet de police du 15 septembre 1838, du 5 janvier et 12 août 1848 et du 18 septembre 1828 réglementant la forme, les dimensions, les conditions de solidité des voitures, l'itinéraire des omnibus, etc., encore que le commissaire du Gouvernement GAUWAIN ait montré que certaines de ces règles avaient « pour but de maintenir [les entreprises] dans les limites de ce service » (concl. précitées). V. en outre la jurisprudence plus ancienne citée dans ces conclusions.

— De même, l'arrêt *Paul, Vasseur et autres* rendu par le Conseil d'Etat le 20 mars 1885, reconnaît légale une ordonnance du préfet de police répartissant entre diverses entreprises de transports les emplacements de stationnement dans les cours d'arrivée de gare et réservant les meilleurs d'entre eux à une même compagnie (D.P. 1886, III, p. 117). Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, s'il avait estimé que les autorités de police ne peuvent s'inspirer que des seules considérations de bon ordre et de commodité de la circulation, aurait annulé pour détournement de pouvoir une telle mesure; il fallait bien, certes, que ces meilleurs emplacements fussent accordés à quelque entreprise; mais ce n'étaient pas les seules nécessités du bon ordre et de la commodité de la circulation qui justifiaient à elles seules leur octroi à une même entreprise. L'autorité de police avait donc le droit en tant que telle de s'appuyer sur d'autres intérêts, en particulier celui du service public : « Vous avez rejeté le recours, expliquait à propos de cet arrêt le commissaire du Gouvernement GAUWAIN concluant sous l'arrêt *Ponthas*, parce que la répartition de ces emplacements vous a paru inspirée par des motifs de police et de service public »; à l'époque, ces motifs n'étaient pas en effet dissociés et se fondaient déjà dans la notion de « d'intérêt général ». L'expression d'intérêt général se retrouve par trois fois dans les conclusions du commissaire du Gouvernement GAUWAIN (précitées) et n'y est pas dissociée de la police, de l'intérêt du public ou du service public.

— Pour les mêmes raisons, la tarification des transports repose légalement, à cette époque, sur des motifs de police; V. G. WATRIN (art. précité, p. 177) qui cite Cass. 22 juillet 1865, *Patoux*, D. 1865, I, p. 499; C.E. 24 février 1899, Rec., p. 155. V. cependant C.E. 27 février 1875, *Sylva*, D. 1876, I, p. 284.

16 C.E. 5 décembre 1837, *Bertrand Menvielle*, Rec., p. 530 : la permission de voirie est un acte de police, il n'y a donc pas de recours par voie contentieuse; C.E. 6 décembre 1855, *Cie du gaz de la Guillotière*, Rec., p. 715 : « Le maire a pu dans l'intérêt de la viabilité et de la salubrité publique retirer... les autorisations de police par lui données pour la pose de tuyaux et de conduite à gaz sur le sol » de la voie; C.E. 29 novembre 1878, *Dehaynin*, S. 1880, II, p. 155; — 19 mars 1880, *Cie centrale du Gaz*, Rec., p. 334; — 8 juin 1883, *Société Française du Matériel agricole*, Rec., p. 578; — 15 novembre 1895, *Tauveron*, D. 1896, III, p. 89...

majoritaire ne le nie pas¹⁷. Cependant, quelques précisions apparaissent nécessaires.

1. On a soutenu, à tort selon nous, que les permissions de voirie ne pouvaient être refusées au XIX^e siècle que pour des motifs dits à notre époque de police et que c'est pour cette raison qu'elles étaient des actes de police¹⁸. Là n'est pas la raison puisqu'au contraire cette autorisation d'emprise pouvait initialement être refusée non seulement pour des motifs tirés de la trilogie et de la conservation mais encore pour tout autre motif. On considérait en effet que les particuliers n'avaient aucun droit à la délivrance d'une telle autorisation. Dans ces conditions, non seulement le juge ne contrôlait pas les motifs du refus — ils pouvaient donc être extrêmement divers —, mais encore « le recours n'était pas admis alors même que le refus n'[aurait] pas [été] basé sur l'intérêt de la voirie »¹⁹. Ce refus fondé sur l'intérêt financier ne sera déclaré illégal, pour quelques années, que plus tard²⁰ bien que l'octroi de l'autorisation eût déjà pu être subordonné à diverses conditions et « notamment au paiement d'une taxe »²¹.

Le caractère discrétionnaire de ces refus était tellement établi dans la jurisprudence que le législateur — allant pour une fois au devant du juge — voulut briser certains abus : par l'article 98 alinéa 4 de la loi du 5 avril 1884 (art. 99 al. 3 du Code d'Ad. Com.,

17 A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 179 s.; G. WATRIN, art. précité, p. 162; Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 131, 191; E. GULDNER, concl. sous C.E. 20 décembre 1957, précité; J. THÉRY, concl. sous C.E. 29 mars 1968, *Ville de Bordeaux c. Ste Menneret*, A.J.D.A. 1968, p. 348 (v. chronique DEWAST et DENOIX de SAINT-MARC, p. 574); J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 125; note P. DELANNEY sous Crim. 21 décembre 1907 : « Les permissions de voirie constituent de véritables arrêtés de police » sanctionnés par l'article 471, § 5, du Code pénal (D.P. 1910, I, p. 169). Cependant, V. contra : Chr. BRÉCHON-MOULENES, *Une technique juridique explosive : l'autorisation conventionnelle d'occupation du domaine public*, dans Mélanges BURDEAU, p. 753 et s., notam. p. 754.

18 Voir Cl. KLEIN (*op. cit.*, p. 139).

19 MORGAND, *op. cit.*, 1923, p. 941, § 1116. Dans le même sens, G. WATRIN, *op. cit.*, Chapitre III, § 2 et art. précité, p. 161-162 : « L'administration autorise, refuse ou retire permis de stationnement et permissions de voirie pour des raisons de police du reste discrétionnaires »; C.E. 6 mars 1885, *Bonhomme*, S. 1886, 3, 56 et 6 mars 1885, *Saurin*. — H. RIPERT, art. précité, 1905, p. 26 : « Les permissions sur le domaine public sont en effet délivrées arbitrairement par l'Administration, mais une fois délivrées, les tiers y ont droit en quelque sorte en ce sens que le retrait ne peut plus avoir lieu que dans l'intérêt du domaine ».

20 C.E. 14 novembre 1913, *Dame Veuve Heuzé* (cit. par MORGAND, *op. cit. eod. loc.*). Mais ceci avec beaucoup de nuances et de contradictions car, dès 1901, le retrait de la permission pouvait être fondé sur la volonté de faire échapper la commune à sa responsabilité pécuniaire et sur le but de faire cesser une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée : C.E. 27 décembre 1901, *Pécard frères c. Nevers*, Rec., p. 924; D.P. 1903, III, p. 33; — 6 juin 1902, *Goret*, Rec., p. 420; S. 1903, III, p. 65; D. 1904, III, p. 17. — Depuis l'arrêt *Cellier*, C.E. 18 mai 1933 (A.J.D.A. 1970, p. 110, note A. de LAUBADÈRE), un tel refus est légal en matière contractuelle.

21 C.E. 4 février 1897, *Rivière* (cit. par MORGAND, *ibidem*). Les textes imposaient souvent cette redevance et le principe même de la redevance était rattaché à un pouvoir fiscal; mais l'autorisation restait un acte de police.

puis L. 131-14 du Code des communes), il permit au préfet de délivrer lui-même celles des permissions de voirie que le maire était normalement seul compétent pour accorder, lorsque le refus de ce dernier ne lui paraissait pas justifié par « l'intérêt général »²². Cette référence à l'intérêt général était encore insuffisante pour changer la nature de la permission de voirie, laquelle demeurerait au plein sens du terme un acte de police ; elle restreignait seulement le pouvoir du maire qui pouvait d'ailleurs, comme on vient de le voir, subordonner l'octroi de cette permission de voirie au paiement d'une « taxe »²³ : ni dans un cas ni dans l'autre la permission de voirie n'apparaissait encore comme un acte de gestion.

2. Certes, le retrait de cette autorisation — décision dont la légalité, à la différence de celle du refus, était contrôlée depuis le milieu du XIX^e siècle²⁴ — ne pouvait être fondé sur l'intérêt des finances locales sans encourir l'annulation pour détournement de pouvoir²⁵. Mais cette circonstance n'impliquait pas à elle seule que la permission de voirie ne pût être retirée que pour des « motifs de police » au sens où on l'entend actuellement²⁶ : elle pouvait l'être aussi « dans l'intérêt du domaine »²⁷ pour des motifs de conservation de la voie, de non-exécution des conditions imposées²⁸, de « viabilité »²⁹, de réalisation de travaux publics³⁰.

L'octroi de ces autorisations, quant à lui, pouvait déjà être subordonné à des conditions économiques ou financières³¹ et cela n'influa pas sur la nature de l'acte. C'est seulement à partir du moment où le retrait de ces permissions a pu être légalement fondé sur des motifs mi-financiers mi-économiques que le juge et la doctrine, sous l'effet de circonstances d'ordres très divers, se sont convaincus qu'il s'agissait là d'une mutation de nature : la permis-

²² Ce pouvoir de substitution du préfet au maire existait déjà en matière d'alignement et d'autorisation de bâtir en vertu de l'article 15 de la loi du 18 juillet 1837.

²³ Aujourd'hui, on parle de « redevances ». Voir art. L. 28 du Code du domaine, J. DUFAY, *J.-Cl. A.*, Fasc. 406-2 et DÉNOYER, *op. cit.*, p. 161 s.

²⁴ C.E. 6 décembre 1855, *Cie du gaz de la Guillotière*, Rec., p. 715 ; en 1837 (C.E. 5 décembre 1837 précité, Rec., p. 530), le recours contre le retrait n'est pas encore possible.

²⁵ C.E. 29 novembre 1878, *Dehaynin*, S. 1880, II, p. 155.

²⁶ C.E. 30 novembre 1888, *Sté bordelaise de vidanges et engrais*, Rec., p. 893 ; D. 1890, III, p. 15.

²⁷ H. RIPERT, art. précité, *op. cit.*

²⁸ C.E. 1^{er} juillet 1898, *Brillouin*, Rec., p. 498 ; — 29 janvier 1897, *Gaz de Saint-Amand*, D.P. 1898, III, p. 38. Il faut rappeler qu'à cette époque les conditions imposées pouvaient déjà être financières.

²⁹ C.E. 6 décembre 1895, précité.

³⁰ C.E. 29 novembre 1895, *Bovis*, Rec., p. 774 ; D.P. 1896, III, p. 89. — V. A. MESTRE, *La révocation des permissions de voirie*, Revue des concessions départementales et communales 1923, p. 5 et s.

³¹ Seule l'institution de la redevance — mais pas l'autorisation elle-même — était rattachée à un pouvoir fiscal ; c'est pourquoi, dit-on, il fallait une loi pour l'instituer. Cf. KLEIN fait remarquer que pour la voirie départementale il n'existe cependant pas de texte autorisant cette perception (*op. cit.*, p. 192, note 85).

sion de voirie est alors devenue un « acte mixte »³² puis un acte de gestion, et parallèlement à cette mutation, la « gestion » a investi peu à peu tous les pouvoirs de police que l'administration exerçait sur le domaine.

B. PROCESSUS DE LA LIAISON ENTRE GESTION ET POLICE

158. — A partir de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e, la gestion et la police vont se lier de façon apparemment inextricable³³ et surtout inexplicable puisque c'est aussi de cette époque que date le début de la dissociation entre police et police de la conservation, dissociation qui prétend précisément se fonder sur l'antinomie entre patrimonialité et police.

La doctrine contemporaine de cette époque n'a pas cherché à expliquer pourquoi cette liaison était devenue possible alors qu'elle était exclue jusque-là, et n'a pas vu ou n'a pas cherché à sortir du paradoxe qu'il y avait à attribuer à une même cause — l'apparition du droit de propriété administrative sur le domaine public — deux effets contradictoires : d'une part l'opposition entre police et police de la conservation, d'autre part la liaison entre police et gestion.

C'est à cette époque que se situe le nœud du problème : il réside dans le glissement du sens du mot gestion et dans la confusion générale qui caractérise la notion doctrinale de police : la gestion, on doit le rappeler, ne se réfère plus désormais à un régime juridique de droit privé mais seulement à des activités définies matériellement par leur but ou par leur domaine d'intervention (économique, patrimonial, industriel, commercial...) ; quant à la police, elle est conçue de plus en plus comme un ensemble d'actes unilatéraux visant un type de buts déterminés (ceux de la trilogie).

La liaison entre police et gestion va donc d'abord s'opérer à propos des permissions de voirie et se propager au permis de stationnement, c'est-à-dire à l'ensemble des utilisations strictement privatives du domaine public ; elle atteindra, dans un second temps, les autres types d'utilisations du domaine même non strictement privatives. Examinons d'abord le phénomène de cette liaison et de sa propagation (1^o) et ensuite l'interprétation qu'en a donnée la doctrine (2^o).

³² H. RIPERT, art. précité, R.D.P. 1905, p. 24.

³³ On peut citer à cet égard une réflexion du Doyen MAURIU qui illustre cette imbrication (et qui, à première vue, la complique si l'on ne tient pas compte de la terminologie très spécifique du savant auteur) : il remarque en 1897 (*Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., p. 560) une « concordance entre la division des droits de la puissance publique en droit de police et droits domaniaux et la division des actes d'administration en actes de puissance publique et actes de gestion », il en conclut (p. 561) que « les droits de police pourraient donc s'appeler les droits de puissance publique proprement dits et [que] les droits domaniaux pourraient s'appeler droits de gestion » (et ceci alors même que, pour lui, les droits domaniaux font partie des droits de puissance publique !)

1° *La propagation de la liaison entre police et gestion à partir de l'entrée de la permission de voirie dans la gestion*

Avant d'évoquer les conditions dans lesquelles la permission de voirie a pu devenir l'agent de rapprochement entre police et gestion et celle-ci investir pratiquement toutes les interventions de police, il convient d'abord de montrer comment on a pu lui reconnaître une place particulière au sein de l'ensemble des actes de police édictés par l'administration à propos du domaine public.

159. — 1. La particularité de la situation de la permission de voirie peut trouver son origine dans deux textes : l'avis du Conseil d'Etat du 30 novembre 1882³⁴ et l'article 98 de la loi du 5 avril 1884³⁵ ; ce sont certes là deux causes circonstancielles, mais ces textes reflètent un changement profond et implicite des idées.

L'avis du 30 novembre 1882 pose le principe d'une répartition de compétences pour la délivrance des autorisations d'occupations privatives du domaine public : si l'occupation comporte emprise dans le sol de la dépendance du domaine, c'est-à-dire s'il s'agit d'une permission de voirie, l'autorité compétente pour la délivrer est celle qui est chargée par les textes de sa conservation et qui relève de la collectivité en assumant l'entretien ; dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il s'agit d'un permis de stationnement, l'autorité compétente est celle chargée de la police de la circulation.

L'article 98 de la loi du 5 avril 1884 opère aussi une répartition de compétences ; en revanche, celle-ci est fondée non plus sur le type de permission, mais sur l'objet de l'acte de police considéré : le maire est compétent à l'intérieur de l'agglomération sur toutes les voies publiques, même sur « les routes nationales et départementales », en tout « ce qui touche à la circulation sur lesdites voies »³⁶ ; mais il n'est compétent pour délivrer les permissions de voirie que sur les voies publiques placées dans ses attributions³⁷.

34 V. le texte de l'avis dans de Récy, *Traité du domaine public*, 2^e éd. 1894, T. II, p. 282-3.

35 Cette disposition a été codifiée à l'article 98 du Code d'administration communale (lui-même modifié par la loi du 18 juin 1966) et à l'article 99, al. 3, de ce code ; V. désormais le Code des communes art. L. 131-3, al. 1, et L. 131-14.

36 La tradition était que la compétence de police — quelle qu'elle fût — dépendait non du type de l'autorisation ni de l'objet de la mesure de police, mais de la nature de la voie au regard d'une classification de ces voies : grande, moyenne, petite voirie... Mais le sens et la portée de cette classification se sont modifiés sous l'effet d'une multitude de facteurs, si bien qu'actuellement la distinction grande et petite voirie concerne essentiellement le régime de la protection pénale du domaine. V. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Thèse Paris 1924, note p. 85 s.

37 C'est-à-dire, selon la classification de l'époque : voirie urbaine, chemins vicinaux ordinaires et chemins ruraux reconnus ; sur la classification actuelle, V. Ord. n° 59-115 du 7 janvier 1959 et J.-Cl. A., Fasc. 405-1 et 411.

De ces deux textes découlent deux distinctions :

- permission de voirie et permis de stationnement d'une part,
- conservation et circulation d'autre part.

Si les distinctions ne sont pas nouvelles en elles-mêmes³⁸, les liaisons qui s'établissent — sur le fondement de l'identité des compétences — entre chacun de leurs termes homologues comporte des conséquences remarquables :

- la police de la conservation se détache de la police de l'ordre public général puisque, par l'intermédiaire de l'identité des compétences, elle entre dans l'orbite de l'entretien, c'est-à-dire de la propriété quand celle-ci sera reconnue ;
- en même temps, la permission de voirie se rapproche, pour la même raison, de la conservation et de l'entretien, c'est-à-dire, par extension, de la gestion.

160. — 2. Les nécessités de l'action administrative et le célèbre épisode de « la querelle des gazières et des électriciens » vont donner l'occasion de confirmer l'entrée de la permission de voirie dans l'orbite de la gestion, phénomène déjà entrevu par E. Laferrière³⁹, Hauriou⁴⁰ et Lepinte⁴¹.

Il n'est pas possible d'exposer les circonstances de fait et tous les aspects juridiques de l'importante jurisprudence à laquelle cette « querelle » a donné lieu⁴². Il faut en retenir, en ce qui nous concerne, que, dès 1902, Romieu a pu affirmer que « lorsqu'un maire autorise, par l'occupation du domaine public, la création d'une entreprise de distribution au préjudice du service public constitué, il fait un acte de gestion au nom de la commune »⁴³. L'arrêt *Goret* (C.E. 6 juin 1902) pour lequel il concluait a, quant à lui, étendu les cas dans lesquels un retrait de permission de voirie peut être légalement effectué en admettant que la commune puisse prendre cette décision pour faire cesser une « situation inconciliable avec l'autorité de chose jugée » et éviter toute responsabilité pécuniaire.

38 Sur la distinction actuelle entre permission de voirie et permis de stationnement, V. J. DUFAY, J.-Cl. A., Fasc. 406-2 ; C.E. 15 juillet 1964, *Longuefosse*, Rec., p. 423 ; — 21 novembre 1969, *Koeberlin*, A.J.D.A. 1970, p. 160, note GODFRIN ; — 14 juin 1972, *Elkoubi*, Rec., p. 436.

39 *Traité*, 2^e éd., T. II, p. 484 s.

40 *Droit administratif et droit public général*, 3^e éd., 1897, p. 560 et s. ; *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, 1899.

41 *Op. cit.*, p. 14. Sur tous ces points, V. Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 229 et s. ; J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 55 et s.

42 V. H. RIPERT, art. précité, R.D.P. 1905, p. 5 et s. ; A. GERVAIS, *Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public*, Thèse Montpellier 1942 ; KLEIN, *op. cit.*, p. 130 ; DÉNOYER, p. 57. — V. l'arrêt *Goret*, *infra*, et C.E. 10 juillet 1896, *Colette*, Rec., p. 546 ; — 27 décembre 1901, *Pecard*, Rec., p. 924, D.P. 1903, III, p. 33.

43 La phrase, extraite de son contexte, ne permet pas de comprendre par elle-même toute la signification de la réflexion de ROMIEU (D. 1904, III, p. 17, concl. sur C.E. 6 juin 1902, *Goret*) : il s'agit pour ROMIEU d'expliquer qu'une permission de voirie, jusque-là considérée comme acte de police, puisse entraîner une responsabilité pécuniaire en cas de retrait illégal,

Gaston Jèze, près de vingt ans plus tard, a tiré les conclusions théoriques de la jurisprudence *Goret*⁴⁴ : s'il récuse l'attitude qui consisterait à ne voir dans la permission de voirie qu'un acte de police, c'est-à-dire, déjà, un acte enserré dans la trilogie municipale, il ne le fait que parce que du point de vue des nécessités économiques, une telle conception lui apparaît tout simplement inopportune et non pas parce que, à son sens, la permission de voirie serait la manifestation d'un droit de propriété. Il reconnaît parfaitement la légitimité de la « fonction économique » de la permission de voirie, alors que d'une façon générale, il nie même la propriété administrative du domaine public. C'est en quoi se contribution, à la différence de celle de Mestre qui se désintéresse de cette jurisprudence⁴⁵, apparaît doublement et paradoxalement remarquable : pour rendre compte de l'évolution, G. Jèze se fonde directement sur les *nécessités* de l'action administrative au lieu de s'appuyer sur des considérations strictement juridiques, comme le fait le raisonnement de Romieu dont il critique le caractère artificiel.

A partir de cette période, les très nombreux arrêts invoquant cette notion commode « d'intérêt général » pour ratifier des retraits ou des refus de permissions de voirie non justifiés par des motifs de sécurité, de salubrité, de tranquillité ou de conservation du domaine, vont — en raison de cette invocation même — finir de persuader la doctrine que la permission de voirie relève désormais de la gestion.

Il faut noter, de surcroît, que la jurisprudence et la doctrine éprouvent d'autant moins de difficultés à relier cette autorisation d'emprise à la gestion que ce type de décision tend à s'associer de

alors que la reconnaissance de la responsabilité de la police par le juge administratif ne date que de l'arrêt du 10 février 1905, *Tomaso Greco*. Pour y parvenir, il était obligé de nier d'une façon ou d'une autre le caractère d'acte de police de la permission de voirie ; son raisonnement nous apparaît aujourd'hui artificiel (V. les critiques de Jèze à la R.D.P. 1922, p. 377 s.) car il y parvient par une voie détournée qui ne serait plus nécessaire : une distribution collective d'eau ou de gaz est un service dans l'intérêt des habitants (activité de gestion) ; elle suppose la mise en place de canalisations en vertu de permissions de voirie qui sont normalement des actes de police ; mais, comme le montre H. RIPERT (art. précité, p. 29), « ce genre d'autorisation n'est pas une autorisation de police ordinaire » car « elle contient implicitement un acte de gestion » ; d'ailleurs en vertu des textes, cette permission doit être précédée d'un « contrat de concession » ; ainsi, par contagion, cette permission, qui est précédée de ce contrat et qui permet cette activité de gestion, devient elle-même un acte de gestion.

⁴⁴ *Essai d'une théorie générale des motifs déterminants*, R.D.P. 1922, p. 377 ; l'intérêt pécuniaire ne peut, à son sens, être un motif déterminant (cité par Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 144-145).

⁴⁵ A. MESTRE, art. précité dans *Revue des concessions départementales et communales*, p. 5 et s. ; il explique également cette jurisprudence par les considérations pratiques, mais pour lui ces considérations ne relèvent pas du domaine juridique.

plus en plus fréquemment à un acte contractuel⁴⁶ : ainsi en va-t-il en cas de concession de service public comportant permission de voirie ; par ailleurs, celle-ci, en tant qu'« autorisation conditionnée », se voit assortie de conditions de plus en plus précises touchant en général à des questions financières, économiques ou de service, de telle sorte que, dès cette époque, il devient difficile de distinguer la permission unilatérale du contrat d'occupation, dit « concession de voirie »⁴⁷. En outre, toutes ces conditions étant des conditions *licites* « d'intérêt général » lorsqu'elles sont prévues *lors de l'octroi* de la permission de voirie, le juge manifeste de moins en moins de réticences à admettre que l'administration est fondée à *retirer* l'autorisation pour des motifs identiques — même non prévus expressément au moment de l'octroi —, dès lors qu'ils lui apparaissent relever de l'« intérêt général ».

La notion d'intérêt général parvient donc à justifier les retraits qui, lors de la période précédente, étaient considérés comme des détournements de pouvoir. Ainsi, Josse, qui cependant pensait surtout au *refus* et à l'*octroi* des permissions de voirie, pouvait-il écrire en 1930⁴⁸ : « l'intérêt financier de la collectivité est inclus dans l'intérêt général légitimant les conditions posées par l'administration et ne peut plus être regardé comme étranger au régime des permissions de voirie ».

Il n'entre pas dans notre propos de reprendre l'exposé de la jurisprudence à laquelle l'auteur faisait allusion ; il suffit de renvoyer aux arrêts les plus significatifs⁴⁹ et de souligner que « l'intérêt du

⁴⁶ V. les textes cités par P. TESTE, *Les services publics de la distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, préf. A. MESTRE, Dalloz 1940. — ALIBERT illustre cette transformation en écrivant : « Pour aller de l'avant, l'administration doit passer du terrain de la police à celui du contrat, autrement dit de la police à la gestion » (S. 1930, III, p. 1).

⁴⁷ V. AUBY, *Les contrats comportant occupation du domaine public*, chron. D. 1953, p. 99 ; *op. cit.* p. 393 ; DUFAY, *J.-Cl. A., fasc. 406-2* ; LARIVIÈRE, *Les concessions d'occupation temporaire du domaine public national*, Thèse Lille 1954, 190 p. dactyl. ; KLEIN, *op. cit.*, p. 246 ; C.E. 19 juin 1964, *Monteil*, note P.L. ; — 2 octobre 1964, *Bouyssalet*, J.C.P. 1965, II, 14085, note J.D. ; — 27 mars 1931, *Crouzat*, S. 1931, III, p. 17, note S. ESDEVANT ; — 4 janvier 1954, *Leroy*, D. 1954, p. 647 (à propos des « concessions d'emplacement » dans les halles et marchés) ; — 8 novembre 1972, *S.V.C.F.*, Rec., p. 711 ; Quot. jur. 17 mars 1973, n. 32 et la note ; — 24 janvier 1973, *Spiteri et Krehl*, A.J.D.A. 1973, II, p. 496, note J. DUFAY.

⁴⁸ Note au D. 1930, III, p. 5. V. aussi REGRAY qui écrit dès 1900 : « L'intérêt financier des communes et de l'Etat est, dans une certaine mesure, un intérêt public », *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Thèse p. 73 (cité par J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 63).

⁴⁹ C.E. 26 mai 1911, *Compagnie des Mines de Courrières* (Rec., p. 644) juge légal un retrait nécessaire « par un motif d'intérêt général ou par le service de la navigation ».

— C.E. 12 novembre 1915, *Sté des hauts fourneaux de Nouméa* (Rec., p. 607) admet qu'une autorité administrative pouvait légalement subordonner une autorisation « à toutes les conditions qu'elle jugeait utile d'imposer dans un intérêt public » en particulier celle ayant eu pour but d'empêcher que l'exploitation de l'ouvrage concédé à la société requérante compromît le fonctionnement de divers services locaux.

service » et « l'intérêt général » ne sont plus désormais compris en tant que motifs de police comme ils l'étaient au cœur du XIX^e siècle (et sans doute encore lorsque fut voté l'article 98, alinéa 4, de la loi du 5 avril 1884), mais en tant que motifs de gestion.

— C.E. 12 décembre 1923, *Peysson*, Rec., p. 826, cité par J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 63) reconnaît la légalité du retrait par le maire de Marseille de toutes les permissions accordées aux propriétaires de cafés, hôtels et restaurants prononcé en vue de faire appliquer un nouveau tarif tenant compte du « mode d'usage, de la situation des emplacements occupés ainsi que de la nature des commerces exercés... ».

— C.E. du 20 mai 1927, *Fabre* (Rec., p. 581) déclare légal le retrait sans indemnité de l'autorisation en vertu de laquelle le requérant avait installé une base d'hydravions sur le domaine public ; ce retrait, intervenu deux ans après l'octroi de l'autorisation, était en effet motivé par la volonté de l'administration d'utiliser elle-même ces installations, motif déclaré « d'intérêt général ».

— C.E. 6 mai 1932, *Taillandier* (S. 1932, III, p. 65, note P.L. ; D.P. 1934, III, p. 18, concl. Rousselier, note DUCLOS) ratifie un retrait d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public militaire intervenu pour des motifs dont l'instruction n'a pas relevé qu'ils étaient « autres que ceux tirés de l'intérêt général ». Cet arrêt a fait l'objet d'interprétations très contradictoires, car on a cru un temps que le motif de retrait résidait dans la volonté de l'administration de réorganiser l'octroi des permissions et, sans doute, de réaménager ces autorisations dans un but financier ; par la suite, on a fait valoir au contraire que le motif de retrait résidait dans les fréquentes disputes — motif de bon ordre — que la demoiselle Taillandier entretenait avec sa voisine qui tenait, comme elle, un commerce d'objets de piété (sur cette discussion, V. KLEIN, *op. cit.*, p. 146 et s.). Actuellement, la doctrine ne semble pas admettre que le retrait puisse intervenir pour un motif exclusivement financier (V. J. DUFAY, *J.-Cl. A.*, Fasc. 406-2, n° 109, éd. 1976 : l'intérêt financier n'est pas cité parmi les motifs de retrait, mais parmi les motifs de refus ou comme condition d'octroi (n° 82) ; dans son ouvrage (*op. cit.*, p. 369-370), l'auteur admet par contre, sous certaines réserves, que cet intérêt financier puisse constituer un motif de retrait ; V. aussi A. de LAUBADÈRE, *Traité*, éd. 1970, T. II, p. 189, § 343 ; dans l'édition de 1975 (p. 200, § 364), l'auteur toutefois admet l'intérêt financier comme motif de retrait). De toutes façons, ainsi que l'a fait remarquer M. DUFAY, d'après la jurisprudence *Planes* du 5 juillet 1939 (Rec., p. 457), un retrait qui « répond à des intérêts financiers peut néanmoins être déclaré régulier lorsqu'il est possible de découvrir derrière cet intérêt financier immédiat des considérations tirées de l'intérêt général » (en l'espèce l'intérêt de la circulation). Il est en tous cas établi qu'un refus de renouvellement inspiré par des considérations exclusivement financières est légal (V. C.E. 18 mai 1963, *Cellier*, A.J.D.A. 1963, II, p. 485, note J. DUFAY) ; il est également établi qu'un motif financier peut « légitimement inspirer le comportement de l'autorité administrative » en matière de concession exclusive d'affichage (C.E. 2 mai 1969, *Société Affichage Giraudy*, A.J.D.A. 1970, p. 110, note A. de LAUBADÈRE). Sur l'ensemble du débat, V. C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*

— C.E. 9 novembre 1932, *Laraque* (D.P. 1934, III, p. 18, note DUCLOS), statuant sur la légalité d'un retrait de permission de voirie octroyée en vue de la distribution d'énergie électrique par un particulier à ses propres immeubles exclusivement, déclare non seulement que la violation par le requérant de cette condition constituait bien entendu un motif légal de retrait mais ajoute aussi que, si le préfet avait également tenu compte de la circonstance que, depuis l'octroi de cette permission, la distribution de l'électricité sur tout le territoire de la commune avait été concédée à une société, « cette circonstance, favorable à l'intérêt général » n'avait pu entacher le retrait de détournement de pouvoir.

— Enfin, l'arrêt *Compagnie générale des eaux* du 30 octobre 1942 (D.C. 1943, p. 63, note M.M.), reconnaît légal un retrait de permission de voirie

Lorsque ces considérations d'intérêt général, d'intérêt patrimonial et de protection du service public ont inspiré les actes concernant les autres types d'utilisations, il était définitivement avéré que, à propos du domaine public, la gestion et la police dans son ensemble « s'interpénétraient ».

161. — 3. La célèbre et abondante jurisprudence relative à la réglementation municipale des transports en commun⁵⁰ illustre cette tendance de la gestion à investir, dans les années 1930, non pas seulement les permissions de voirie, mais toute la police.

Si l'on se souvient de la jurisprudence du XIX^e siècle, nombre de ces solutions n'apparaissent pas véritablement révolutionnaires. Par contre, ce qui semble fondamentalement nouveau est le fait que désormais les interventions des municipalités, dès lors qu'elles ne se fondent pas spécifiquement sur l'intérêt du bon ordre, de la sécurité ou de la commodité de la circulation, sont toujours rattachées à la gestion alors qu'elles l'étaient à la police au XIX^e siècle : la restriction des considérations dites de police est ici évidente.

Cependant, certaines réglementations qui n'auraient pas été légales au XIX^e siècle sont désormais acceptées par le juge : celles limitant le nombre des entreprises ou restreignant la concurrence d'une façon ou d'une autre dans le but, non pas de garantir le bon ordre ou la sécurité de la circulation, mais, directement, de protéger le concessionnaire municipal⁵¹ et 52.

qui avait eu « pour but de permettre, dans l'intérêt général, une réorganisation complète du service de distribution d'eau », même si parmi les autres motifs inspirant cette mesure figurait aussi « la nécessité de relier tous les abonnés au réseau municipal pour amorcer l'emprunt contracté par la commune pour le financement de ces travaux ». Le recours à la technique des motifs déterminants recouvrait, là aussi, en fin de compte, l'intérêt patrimonial de la collectivité, intérêt difficilement distinguable de l'intérêt du service.

50 On enseigne souvent que ces utilisations sont privatives car, comme le disait GAUWAIN au XIX^e siècle, ces entreprises « s'approprient, accaparent en quelque sorte la voie publique qui pourtant est faite pour tous. La rue n'est pas seulement pour elles la voie de communication sur laquelle on passe, elle est le premier instrument de leur industrie ». Nous pensons que cette réflexion et toutes les considérations d'ordre doctrinal et idéologique ou simplement matérielles qui peuvent l'inspirer datent beaucoup trop pour que l'époque contemporaine soit fondée à les reprendre à son compte. Aujourd'hui, au contraire, tout démontre que l'usage quasi-privatif des voies publiques serait plutôt le fait des voitures automobiles particulières, au moins dans les grandes villes (V. *infra*, note 52). Dans les années 1930, seuls les emplacements de stationnement et à la rigueur les points d'arrêt relevaient d'une utilisation strictement privative.

51 V. notam. C.E. 29 janvier 1932, *Société des Autobus antibois*, Rec., p. 117 ; S. 1932, III, p. 65, note P. LAROQUE ; D.P. 1932, III, p. 60, concl. Latournerie, note BLAEVOET, G.A. p. 203. — 28 novembre 1932, *Sté des chemins de fer et tramways du Var et du Gard*, Rec., p. 882 ; — 13 janvier 1933, *Mironneau*, Rec., p. 50 ; S. 1933, III, p. 41, note P. LAROQUE ; D. 1933, III, p. 33, note P.L.J. ; — 23 juin 1933, *Planche*, Rec., p. 682 ; D. 1933, III, p. 86, note P. LAROQUE ; S. 1933, III, p. 81, concl. Rivet, note ALIBERT ; D. 1933, III, p. 33, concl. Rivet, note P.L.J. ; 11 juillet 1934, *Beaumont et Meley* (2 arrêts), S. 1934, III, p. 33, concl. Andrieux, note MESTRE ; S. 1934, III, p. 41, concl.

Cette jurisprudence, ainsi que celle relative à l'utilisation de la voie publique par les automobiles privées, donnent donc lieu à des explications divergentes qui reflètent le malaise de la doctrine, toute empreinte de cette conviction que police et gestion, malgré cette liaison *par le but* des mesures, sont par essence des « notions contraires » 53 et 54.

et note P.L.J. — V. en outre l'ensemble de la jurisprudence citée par KLEIN, *op. cit.*, p. 151 et s. et DÉNOYER, *op. cit.*, p. 67 et s.

- 52 Certaines interprétations de cette jurisprudence ont voulu expliquer la légalité de ces réglementations par le fait que les entreprises concessionnaires de transport constituent « un moyen d'assurer le bon ordre de la circulation, sa régularisation et sa commodité » et « qu'il importe à l'ordre public que de pareils services puissent fonctionner normalement » : en les protégeant, le maire « protège[rait] en définitive un intérêt de police » (P.H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 109; l'auteur, bien entendu, utilise l'expression « intérêt de police » dans le sens d'intérêt du bon ordre et de la circulation; V. aussi PAPANICOLAÏDIS, *op. cit.*, p. 21). Cette explication, si elle a pu être soutenue, n'est certainement plus valable de nos jours puisque la protection de certains services publics et de leur « efficacité » constituent directement et en elles-mêmes un but légitime de limitation de la liberté, même si aucun texte spécial ne le permet (V. C.E. 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, A.J.D.A. 1972, p. 647, concl. Rougevin-Baville. V. aussi C.E. 16 novembre 1956, *Sté Desaveines et Sté des Grandes Tuileries Perrusson et Desfontaines*, R.D.P. 1957, p. 529, note WALINE; R.P.D.A. 1957, p. 1, concl. Laurent); sur les limites de cette jurisprudence, V. C.E. Sect. 9 octobre 1981, *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var*, Rec., p. 366; A.J.D.A. 1981, p. 579, chron. TIBERGHIEU et LASSERRE.

On avait aussi pensé à rendre compte de cette extension du pouvoir de l'administration au moyen du caractère « anormal » de l'utilisation de la voie publique par ces entreprises de transport (V. par exemple note LAROQUE sous l'arrêt *Mironneau* précité). Il n'apparaît plus possible — si tant est que cela le fût en 1933 — d'avancer cette justification : tout dans la politique actuelle des transports, les stationnements payants, les « parkings de dissuasion », les « couloirs d'autobus », les priorités accordées à certains de ces véhicules (l'article R. 6-1 du Code de la route reconnaît à certains autobus un droit de priorité lorsqu'ils quittent leurs points d'arrêt), démontre que l'utilisation anormale des voies publiques tendrait à être plutôt le fait des véhicules particuliers; en outre, pourquoi l'utilisation de la voie publique par le concessionnaire serait-elle plus « anormale » — sur le seul plan de la domanialité — que celle qui en est faite par le concessionnaire lui-même ? Et, dès lors, pourquoi l'un encourrait-il les rigueurs d'une réglementation tandis que l'autre mériterait la protection de l'administration, si ce n'est précisément pour cette seule raison que le service public concédé mérite, pour lui-même, d'être protégé ?

- 53 G. WATRIN, art. précité p. 168.

- 54 Ainsi, la doctrine apparaît très embarrassée pour rendre compte de la légalité des « taxes » perçues à l'occasion du stationnement des automobiles (V. notam. les arrêts C.E. 5 juin 1929, *Genthon*, Rec., p. 542; — 8 mai 1932, *Genthon*, D. 1932, III, p. 25, concl. Rousselier; — 10 janvier 1930, *Despujol*, S. 1930, III, p. 41, note ALIBERT; — 11 juin 1931, *Ligue pour la défense du commerce parisien*, S. 1933, III, p. 57, concl. Rivet, note MESTRE). Toutes les explications, comme l'a montré le Professeur Waline, rencontrent des objections dirimantes (V. sa note sous l'arrêt C.E. 18 mai 1928, *Laurens*, D. 1928, I, p. 53, concl. Rivet :

— celle du service rendu à l'usager se heurte au caractère par trop « léger » de ce service et à l'absence de contrat ou de quasi-contrat qui auraient pu donner naissance à l'obligation;

— celle de la « redevance pour occupation anormale du domaine public »

Pour trouver un fondement à cette imbrication généralisée de deux notions que l'on pensait antithétiques, la doctrine majoritaire de cette époque a cru pouvoir recourir, pour l'essentiel, à l'idée d'exploitation et au droit de propriété sur le domaine public.

2° Les explications doctrinales des rapports entre police et gestion

162. — S'ils ont pu trouver — mais avec combien de nuances — un fondement unique aux nouveaux pouvoirs de l'administration sur le domaine public, les auteurs de cette période n'ont pas su se prononcer exactement sur la nature des rapports entre police et gestion que ces nouveaux pouvoirs impliquaient. En effet — mais, globalement, l'idée est la même — la gestion se confond, se superpose ou dérive de la police, selon l'auteur considéré. Seule la position d'André de Laubadère apparaît assez claire en ce qu'elle annonce la phase suivante de l'évolution, caractérisée quant à elle par la substitution de la gestion à la police.

1. — Les notes de P. Laroque sont suffisamment connues pour ne pas avoir à les expliciter autrement; il paraît plus expédient d'en citer certains passages où il admet le droit de propriété et affirme le droit d'exploitation : « à la conception du domaine public hors du commerce ne pouvant faire l'objet d'aucune appropriation ni d'aucun droit véritable soumis uniquement à la garde et à la police de l'administration, se substitue la conception du domaine public richesse collective et objet d'exploitation; police et gestion

ne fait pas l'unanimité, car le stationnement apparaît comme le corollaire nécessaire du droit de circuler, donc comme une occupation normale;

— celle de la « taxe fiscale accessoire à un permis de stationnement » est fragile, car le permis de stationnement en l'espèce n'est pas sollicité ni octroyé individuellement; or, normalement, il est un acte non pas réglementaire mais individuel; en outre, le permis de stationnement est réservé aux occupations privatives, alors que le stationnement des véhicules apparaît — au moins à certains — comme une « utilisation commune » de la voie (Pour la thèse du caractère commun de cette utilisation, V. G. WATRIN, art. précité, p. 167; A. de LAUBADÈRE, Thèse, p. 96, p. 104 et s. et p. 255 et s.; J.M. AUBY, Chron., D. 1962, p. 83 et s.).

En définitive, pour le Professeur WALINE, il s'agit d'une « taxe de police » perçue à l'occasion de la délivrance d'un permis de stationnement pour occupation privative. — Pour G. WATRIN, ce n'est pas une taxe mais une redevance perçue par l'administration « en vertu de son droit de propriétaire » (*Ibidem*). Il en va de même pour A. de LAUBADÈRE (Sur le droit positif actuel, V. J. DUFAY (*J.-Cl. A.*, Fasc. 407-1 et *Le domaine public*, p. 309 et s.) qui retient certaines de ces explications en les réservant chacune à un type particulier de stationnement; Fr. MODERNE, *Le stationnement payant*, Gaz. Pal. 1973, 2, Doctr. p. 539; note WALINE sous C.E. Ass. 14 février 1975, *Epx Merlin et autres*, R.D.P. 1975 p. 1705 s. (l'arrêt lui-même concerne les péages d'autoroutes); J. DUFAY, *Le régime juridique du stationnement des automobiles dans les agglomérations*, A.J.D.A. 1976, p. 493 et s. Cet auteur démontre, à notre avis à bon droit, que les redevances perçues pour le stationnement le long des trottoirs n'ont pas véritablement de fondement légal; P. BON, *op. cit.*, p. 146; C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 459.

n'apparaissent plus comme des notions antinomiques, mais comme des qualifications différentes d'une même activité⁵⁵; quant à l'autorisation d'occupation du domaine public, « elle est un instrument d'exploitation de ce domaine au sens le plus complet du mot »⁵⁶.

G. Watrin⁵⁷ nuance la thèse précédente car, selon lui, elle opère, à tort, une « confusion » entre deux notions qui doivent demeurer distinctes. Il ne faut pas les confondre, explique-t-il, car le maire ne pourrait seul et à la place du conseil municipal, édicter par arrêtés de police des actes de gestion, ni le conseil municipal prendre des mesures de police sous « couleur de gestion ».

Ce qui reste vrai, pour lui, est que « les connexions qui s'établissent forcément entre les procédés de police et de gestion » par l'intermédiaire de la notion de bon ordre, font apparaître non pas une « confusion », mais « une superposition de l'idée de gestion à celle de la police »⁵⁸ : « les autorités administratives peuvent ainsi utiliser les procédés de police avec leurs sanctions, si la mesure de police qui vise un but de gestion — conservation de la voie, protection du concessionnaire, autorisation d'utilisation du domaine — a aussi un but de police : ici, sécurité, commodité, tranquillité et salubrité de la circulation »; elles le pourront aussi « si la mesure de police qui vise directement un but de gestion (...) a en réalité pour fin dernière la réalisation de l'ordre public »⁵⁹.

Il admet donc pleinement l'extension des pouvoirs de l'administration sur son domaine; mais, au lieu de l'expliquer par l'extension des buts de la police, il préfère la fonder sur l'évolution de la théorie du domaine public. Cette prise de position nous apparaît essentielle car elle exprime le fonds commun et généralement inexplicite de toute la pensée juridique de l'entre-deux guerres : si une extension de la police « du côté des buts » est possible, on ne peut pour elle admettre « un but qui ne serait plus l'ordre public » (sous-entendu la trilogie municipale) car « la notion de police ne serait plus étendue mais dénaturée »⁶⁰. La notion de police doit demeurer « immuable », ce qui explique qu'elle soit toujours dépassée par une autre notion, quelle qu'elle soit, lorsque les pouvoirs des autorités

55 Note sous *Sté des Autobus antibois*, S. 1932, III, p. 67, souligné par nous. V. aussi en ce sens ANDRIEU, concl. sur les arrêts *Beaumont et Meley*, S. 1934, III, p. 33.

56 Note sous *Ramel*, S. 1933, III, p. 113.

57 Art. R.D.P. 1936, précité.

58 *Op. cit.*, p. 181, p. 148, p. 158 et p. 161.

59 *Op. cit.*, p. 182. L'idée de superposition a également séduit M. R. KOVAR qui, même à l'époque où il écrit, pense qu'il n'y a pas de substitution de la gestion à la police, mais bien encore superposition entre ces deux préoccupations que l'administration satisfait au moyen d'un « instrumentum unique », (*La légalité des « concessions » exclusives d'affichage sur le domaine public*, J.C.P. 1964, I, 841). M. DÉNOYER décrit aussi cette époque comme étant caractérisée par la liaison ou la superposition entre police et gestion, *op. cit.*, p. 68.

60 *Op. cit.*, p. 154 et 160.

(de police) viennent à s'étendre en dehors de cette trilogie. Pour expliquer cette extension et la justifier, l'auteur, comme presque tous ses contemporains, se tourne vers la théorie du domaine public qui, elle, se voit reconnaître le droit d'évoluer⁶¹.

— L. Jansse est l'un des rares auteurs de cette période à ne pas systématiser sa pensée autour de l'idée de propriété, bien qu'il ne la rejette pas⁶². Il montre au contraire — et c'est en quoi sa contribution nous paraît intéressante — que les procédés permettant l'exercice des « facultés de jouissance » et d'un « véritable fructus »⁶³ sont historiquement et juridiquement issus non du droit de propriété mais de la police : « de la police, dit-il, dérive un mode de gestion du domaine public, où la sauvegarde de l'ordre et de l'intérêt publics s'entrecroise avec l'administration patrimoniale de l'assiette du domaine »⁶⁴.

2. Il ne s'agit plus, chez A. de Laubadère, de confusion, de superposition ou de dérivation, mais déjà d'une véritable substitution de la gestion à la police. Sa thèse consiste à montrer que toutes les interventions nouvelles de l'administration sur le domaine public concernant l'automobile ne peuvent s'expliquer que par le droit de propriété : « cette idée une fois admise doit, dit-il, être généralisée partout où elle permet d'expliquer l'intervention de l'Etat »⁶⁵. Ainsi, c'est en qualité de propriétaire, donc de gestionnaire, que l'administration protège l'intégrité de son domaine; c'est en cette qualité qu'elle régleme les activités de transports s'exerçant sur son domaine⁶⁶; c'est encore en tant que propriétaire que, lorsqu'elle « cède les utilités de sa chose », l'administration « peut se réserver le droit de participer à ces utilités, c'est-à-dire aux bénéfices réalisés par l'occupant »⁶⁷.

L'auteur évacue la police de tous les domaines où l'on croyait pouvoir lui laisser une place : en cela sa thèse a exercé une influence déterminante sur la période postérieure qui oppose la permission de voirie en tant qu'« acte de gestion » à la police⁶⁸.

61 G. WATRIN se fonde en particulier sur l'idée de « propriété sociale » dont le domaine serait l'objet (*op. cit.*, p. 161). L'idée est reprise à BONNARD (*Précis*, 4^e éd., p. 551) et à A. de LAUBADÈRE (*op. cit.*, p. 223 et s.) qui critiquent la conception que le doyen HAURIU se faisait du droit de propriété, « propriété individualiste » : il s'agit maintenant d'une « propriété sociale », car le détenteur du bien « en distribue à d'autres les utilités » (WATRIN, *op. cit.*, p. 161). Dans son article *Domaine public, propriété administrative et affectation* (R.D.P., 1950, p. 5 et s.), le Professeur de LAUBADÈRE a finalement critiqué la notion de propriété sociale.

62 *Contrat*, KLEIN, *op. cit.*, p. 78.

63 *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris 1938, préf. A. MESTRE, p. 164, n° 267.

64 *Op. cit.*, p. 184.

65 Thèse précitée, p. 170.

66 *Op. cit.*, p. 327 et 334 not.

67 *Op. cit.*, p. 271.

68 L'auteur écrit en effet : « De plus en plus, l'autorisation de voirie n'est plus un acte de police, mais un acte de propriété. Ce n'est plus un acte de police, mais un acte de gestion » (*op. cit.*, p. 319). Certains auteurs ont été

C. ACCESSION A L'AUTONOMIE DES POUVOIRS DE GESTION VIS-A-VIS DES POUVOIRS PUBLICS

163. — Contrairement aux apparences, la nouvelle période qui oppose les actes de gestion du domaine public à la notion de police se situe dans la droite ligne de la jurisprudence inaugurée dans les années 1930⁶⁹. Faute de disposer d'un procédé autonome d'intervention, l'activité de gestion s'est développée de façon quasi parasitaire à partir de la police; tout s'est passé comme si la police avait continué à survivre parce qu'elle servait en tant que procédé, alors qu'à la considérer du point de vue de ses buts, elle était en train de dépérir. Les progrès de l'idée d'exploitation et de propriété ont fait que la gestion a cessé d'apparaître comme une activité plus ou moins clandestine de l'Etat libéral qui devait se camoufler sous l'appareil juridique des motifs déterminants. A partir du moment où le consensus juridico-politique a admis la légitimité d'une gestion économique du domaine public, c'est-à-dire à partir du moment où la pensée juridique a conçu la gestion non plus comme une activité exceptionnelle pour la puissance publique mais véritablement comme une fonction de l'administration vis-à-vis de son domaine, elle était disposée, sur le plan du droit positif, à lui reconnaître ses propres procédés d'intervention, ses propres autorités, ses propres buts, son propre régime juridique; la police, devenue dès lors inutile, est apparue comme une notion étrangère ne souffrant plus aucune confusion avec elle.

La tendance à l'extension des buts décrite à l'étape précédente s'accroît donc (1°), jusqu'à un point de rupture constitué par la jurisprudence *Société nationale des Editions cinématographiques* du 20 décembre 1957⁷⁰ (2°).

1° La distension maximale de la notion de pouvoirs de police sous l'effet de la prise en compte de considérations de plus en plus étrangères à l'ordre public général libéral

164. — Dans la plupart des arrêts que nous avons rencontrés jusque-là, les mesures édictées par l'administration peuvent encore, aux yeux de l'opinion juridique, se rattacher à la police d'une façon ou d'une autre :

jusqu'à considérer que le permis de stationnement lui aussi serait « un instrument d'exploitation rationnelle et productive du domaine public ». Voir OTTOZ, *Le stationnement des véhicules sur la voie publique*, Thèse Paris 1933; sur une opinion similaire, V. E. LEQUEN, *Le stationnement sur la voirie terrestre*, Thèse Lille 1935, p. 111, 122, 172. — Pour une critique de cette idée de substitution, V. R. KOVAR, art. précité: « L'évolution de la jurisprudence ne doit pas en effet être interprétée comme une substitution de l'acte de gestion à l'acte de police, mais bien comme une superposition ».

⁶⁹ Voir J.F. DÉNOYER, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁰ Rec., p. 702; S. 1958, p. 73, concl. Guldner; J.C.P. 1959, III, 10913, note MIMIN.

- soit à la faveur d'un type de notions assez flou de la police, tantôt formel (c'est-à-dire fondé ou bien sur la nature normative de l'acte ou bien sur la qualité de l'autorité qui a édicté l'acte), tantôt matériel (c'est-à-dire fondé sur le but de l'acte ou sur la matière qu'il concerne),
- soit sous le couvert de notions amphibologiques (la viabilité), vagues⁷¹ (l'intérêt général) ou prêtant à discussion (l'usage anormal ou normal, l'usage privatif ou commun),
- soit grâce aux ressources de la technique ou contrôle de légalité (détournement de pouvoir couvert par un but d'intérêt général, distinction du but visé et de l'effet réflexe, distinction des motifs déterminants ou surabondants).

Désormais, il apparaît à la doctrine et au juge qu'il devient de plus en plus artificiel de relier à la police l'extension des pouvoirs de l'administration : les buts visés s'échappent maintenant franchement de la trilogie; les mesures édictées remontent en cause de plus en plus nettement les principes sur lesquels repose la conception traditionnelle et libérale de l'utilisation du domaine public : gratuité, liberté, égalité de l'utilisation et neutralité économique du domaine public. Cette évolution est relativement claire quant à ses traits généraux; mais elle ne va pas sans provoquer une quantité d'hésitations et de contradictions quant à ses manifestations dans le droit positif.

1. Ainsi, la doctrine ne sait pas si elle doit faire relever de la gestion ou de la police les mesures édictées à propos de l'utilisation du domaine public et visant un but étranger à la trilogie, comme l'esthétique ou la moralité⁷². Néanmoins, la tendance générale est de les rattacher à la gestion — spécialement s'il s'agit d'une mesure intéressant une occupation privative —, alors même que l'on admet par ailleurs, au moins dans une certaine mesure, que la police (en général) peut viser, en tant que telle, des buts de moralité ou d'esthétique⁷³. L'autonomie de la notion de gestion commence en

⁷¹ V. CL. KLEIN (*op. cit.*, p. 224) qui parle de « quiproquo » à propos de cette notion. V. aussi sur cette notion les études précitées de M. D. LINOTTE et D. TRUCHET.

⁷² V. aussi *supra*, note 49, à propos de l'arrêt *Taillandier* précité; C.E. 19 décembre 1930, *Montagne* (Rec., p. 1087): retrait d'autorisation d'occupation du domaine public maritime par des cabines de bains pour concentrer leur disposition de façon à ne pas gêner « la vue aux promeneurs » et de façon à améliorer les conditions d'exploitation de la plage; C.E. 23 octobre 1935, *Autodux* (Rec., p. 975); — C.E. 27 mars 1936, *Druet* (Rec., p. 390): esthétique; — C.E. 15 mai 1936, *Belot* (D.P. 1937, III, p. 1, note WALINS): retrait de permis de stationnement d'un taxi pour inconduite morale du chauffeur; — C.E. 14 mars 1941, *Cie nouvelle des chalets de commodité* (Rec., p. 44): légalité d'une concession exclusive d'affichage dans un but d'intérêt général et notamment dans un but d'esthétique; — V. aussi C.E. 13 juillet 1951, *Sté La nouvelle jetée*, Rec., p. 404; — 2 février 1955, *Batisse*, A.J.D.A. 1955, II, p. 118 (esthétique); — 18 mai 1960, *S.A.R.L. « Les dragues blésoises »*, R.P.D.A. n° 227. — Comme nous le savons, la doctrine n'est guère plus fixée aujourd'hui. V. BON, *op. cit.*, p. 163.

⁷³ V. Chapitre précédent, Section I, § 2, B, n° 117 et 118.

effet à se fixer essentiellement autour des actes concernant les utilisations privatives du domaine public *quels que soient leurs buts*. Quand un tel acte vise cette fois-ci un but économique quelconque, la quasi-unanimité se fait pour y voir une mesure de gestion prise dans un but d'intérêt général, alors même que l'existence de l'ordre public économique est par ailleurs reconnue, au moins généralement. La notion d'intérêt général tend donc à regrouper tous les buts qui ne peuvent entrer dans celle d'ordre public comprise par conséquent au sens strict.

Ainsi, la notion d'intérêt général devient de plus en plus vague dans son contenu ; mais, corollairement, son rôle se révèle de plus en plus évident : elle sert à conférer une base légale à toutes les mesures d'administration du domaine public apparaissant simplement légitimes à l'administration et au juge et, à ce titre, parfaitement légales. L'administration peut désormais veiller non seulement « aux intérêts proprement dits du domaine » mais également à tous les « autres intérêts de caractère général »⁷⁴.

Parmi ceux-ci, certains se situent encore dans la ligne de la jurisprudence précédente : « la réorganisation d'un service public de distribution d'eau » (*Compagnie générale des Eaux* du 30 novembre 1942)⁷⁵ ou la protection d'un service public existant (*Société Desaveines et Cie* et *Société des Grandes Tuileries Perrusson et Desfontaines* du 16 novembre 1956)⁷⁶. La jurisprudence *Desaveines* ne fait certes que « prendre la suite » de l'arrêt *Meley*⁷⁷, comme l'a montré le Professeur Waline ; mais elle affirme sans détour les droits de l'administration vis-à-vis des utilisations normales du domaine public et conformes à sa destination⁷⁸. Cependant, s'agis-

74 C.E. 6 novembre 1937, *Société industrielle des schistes dérivés*, Rec., p. 897 ; — 23 juin 1939, *Chambre syndicale des entrepreneurs*, Rec., p. 429.

75 D.C. 1943, p. 63, note M.M. ; dans cet arrêt, l'intérêt du service se distingue difficilement de l'intérêt patrimonial de l'administration, motif déclaré surabondant : « Si parmi les motifs [de retrait] figure la nécessité de relier tous les abonnés au réseau municipal pour amortir l'emprunt contracté par la commune pour le financement de ces travaux, cette circonstance, alors que les autres motifs justifient le retrait, n'est pas de nature à entacher lesdits arrêts de détournement de pouvoir ». Il faut rejeter l'interprétation que fait M. KLEIN de cet arrêt, lequel ressortirait, selon cet auteur, à ce qu'il y a de plus classique dans la police : la salubrité, « puisqu'il s'est avéré que les fournitures [des eaux] étaient spécialement en été insuffisantes » (*op. cit.*, p. 162). Cette conception matérielle de la police selon laquelle tout ce qui touche aux activités intéressant par elles-mêmes la salubrité ou l'hygiène par exemple relèverait de la police est inacceptable, car tous ces services publics exerceraient une fonction de police. (V. Chapitre précédent, Section I, § 2, A, n° 111).

76 Rec., p. 440 et 441 (2 arrêts) ; R.D.P. 1957, p. 529, note WALINE ; R.P.D.A. 1957, p. 1, concl. Laurent.

77 C.E. 11 juillet 1934, D. 1934, III, p. 41, concl. ANDRIEUX.

78 « Considérant... qu'il appartient à l'autorité administrative de prendre toutes mesures de nature à assurer la meilleure utilisation du domaine public et notamment de subordonner à autorisation préalable l'exploitation de la traction [de bateaux sur une voie navigable] par des entreprises offrant leurs services au public et même de refuser toute autorisation à celles de ces entreprises qui risqueraient, en faisant concurrence au service public,

sant de trouver un fondement à la compétence du « gouvernement » pour édicter un décret permettant de viser le but de « meilleure exploitation du domaine public », le juge hésite à s'appuyer sur l'existence d'un pouvoir de gestion et témoigne d'un certain embarras : il fait encore appel tout à la fois au « pouvoir général de réglementation » du gouvernement, à la police de la circulation, de la conservation, et de l'utilisation du domaine public⁷⁹.

2. Malgré le plaidoyer extrêmement vigoureux qu'il fait de la théorie de la gestion domaniale, M. Chenot, dans ses conclusions sur l'affaire *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* du 5 mai 1944⁸⁰, cherche lui aussi un fondement qui pourrait apparaître plus juridique que la simple légitimité ou la simple nécessité de l'extension des pouvoirs de l'administration ; il éprouve le besoin — parfaitement superflu et contradictoire⁸¹ — d'invoquer le caractère « anormal » de l'utilisation des plans d'eau du port par les entreprises de transport et de remorquage ! L'arrêt lui-même cependant, constitue le point culminant de l'évolution et l'affirmation la plus nette de la mutation qui s'est produite dans l'exercice des pouvoirs de police⁸² : il appartenait à l'administration, dit l'arrêt, « de soumettre (...) à des obligations de service public les bénéficiaires des autorisations d'outillage accordées en vue d'assurer la satisfaction des besoins des usagers des ports ». Cette jurisprudence est la négation même des principes libéraux car elle atteint la liberté non plus seulement dans ses modalités d'exercice, mais dans sa fin même : l'intérêt personnel de l'entrepreneur. La théorie de la gestion permet donc de transformer, en l'absence de toute habilitation législative, la nature d'une activité industrielle ou commerciale.

La rupture entre la police et la gestion est pratiquement consommée car il est clair désormais que, sur son domaine, l'administration

de compromettre la bonne gestion du domaine public (...) l'autorisation d'une nouvelle entreprise aurait eu pour effet de rendre la gestion de la Compagnie générale de traction plus difficile et plus onéreuse et par suite d'entraîner une moins bonne exploitation du domaine public (...). Sur les limites du droit d'instituer un monopole de l'utilisation des ouvrages d'un port au profit des seuls services publics de transport, V. C.E. Sect. 9 octobre 1981, *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var*, Rec., p. 366 ; A.J.D.A. 1981, p. 579, chron. TIBERGHIEN et LASSERRE.

79 V. l'arrêt *Société des Grandes Tuileries Perrusson et Desfontaines*, précité.

80 S. 1945, III, p. 15 ; R.D.P. 1944, note JEZE ; Rec. Penant 1947, I, p. 101, note WALINE ; G.A., p. 270.

81 Cette utilisation est en effet, on ne peut plus conforme à la destination de la dépendance du domaine comme l'indique expressément l'arrêt *Desaveines* ; cette activité concourt même, comme le remarque M. CHENOT lui-même, à l'exécution « d'un véritable service public ». Or l'exécution de ce service et l'affectation de la dépendance à un service public constituent même le critère de la domanialité (V. C.E. 19 octobre 1956, *Sté Le béton*, R.D.P. 1957, p. 310, concl. Long). Comment l'utilisation anormale du domaine public pourrait-elle être le critère de la domanialité ? Ce serait un non-sens. Sur la critique de l'idée « d'anormalité » pour expliquer cette jurisprudence, V. le *Traité* de A. de LAUBADÈRE, 6^e éd., 1975, p. 192, § 345 ; V. aussi BON, *op. cit.*, p. 132.

82 V. également C.E. 6 février 1948, *Compagnie carcassonnaise de transport en commun* (R.D.P. 1948, p. 253, concl. Chenot).

ne doit plus, dans certains cas, supporter les entraves propres aux principes de la police : elle peut, dans l'intérêt général, s'y conduire en propriétaire auquel on ne saurait opposer la liberté de celui qui l'occupe, et cela d'autant plus que cette occupation est privative.

2° *La consécration de l'autonomie des pouvoirs de gestion du domaine public*

165. — 1. L'arrêt du 20 décembre 1957, *Société d'Editions cinématographiques*⁸³ consacre donc l'autonomie conceptuelle et pratique des pouvoirs de gestion du domaine public à propos d'une affaire qui portait sur la légalité d'une décision réglementaire du Préfet de la Seine, adressée aux diffuseurs de presse, par laquelle celui-ci interdisait non seulement l'exposition mais aussi la vente de publications pornographiques dans les kiosques à journaux appartenant à la ville de Paris.

Eclairée des conclusions de M. Guldner — qu'il importe de résumer —, la décision apparaît remarquable : l'autorisation de tenir un kiosque, explique le commissaire du gouvernement, est un acte unilatéral qui « n'est plus un permis de stationnement mais une autorisation d'occupation privative *sui generis* » puisque ces kiosques « comportent pour la plupart » une emprise dans le sol du domaine public ; il s'agit « d'un acte de gestion du domaine et non d'un acte de police ». En effet, une évolution jurisprudentielle a permis de dégager « l'aspect économique et patrimonial du domaine public », ainsi que « le droit de propriété » des collectivités publiques sur ce domaine : il « constitue une richesse dont elles peuvent et doivent assurer la meilleure utilisation » ; elles sont en droit de tirer toutes les conséquences du droit de propriété dans la mesure où l'affectation au service public⁸⁴ n'est pas gênée. L'une des conséquences de cette nouvelle conception est que « l'octroi d'une autorisation d'occupation privative⁸⁵ n'est plus considéré comme un acte de police mais comme un acte de gestion ». Certes, concède-t-il, « il est vrai que, normalement, la mesure de police se distingue aussi⁸⁶ de

⁸³ Rec., p. 702 ; S. 1958, p. 73, concl. Guldner ; J.C.P. 1959, II, 10913, note MIMIN ; D. 1958, somm. 45 ; R.P.D.A. 1958, p. 22 ; R.D.P. 1958, p. 347 ; Gaz. Pal. 26-28 février 1958 — « L'une des raisons qui explique certainement l'absence de réactions à l'arrêt du 20 novembre 1957 est que en fin de compte cet arrêt n'a pas paru innover, l'ensemble des auteurs tenant cette solution pour acquise depuis longtemps » (Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 196). Nous nous rallions à cette opinion, en regrettant cette absence de réaction car l'arrêt était très novateur en ce qui touche, comme on va le voir, le régime contentieux de l'acte et en ce qu'il le qualifiait expressément d'acte édicté sur le fondement du « pouvoir de gestion ».

⁸⁴ On ne voit pas cependant quel pourrait être le service public concerné en l'espèce.

⁸⁵ Plus haut, le commissaire du gouvernement explique cependant que le permis de stationnement (qui, bien entendu, autorise également une occupation privative) relève « de l'autorité qui a la police de la circulation ».

⁸⁶ Plus haut, l'auteur indique que la distinction se fait également sur la base des sanctions applicables : l'article 471-15° du Code pénal est appli-

l'acte de gestion par le but qui est visé : la mesure [de police] a pour but soit l'ordre public, soit la conservation du domaine⁸⁷, tandis que l'acte de gestion tend essentiellement vers une fin d'ordre économique ». Mais, ajoute-t-il, l'autorisation d'occupation privative « peut être assortie de conditions très variées édictées dans l'intérêt général » ; ainsi, elle « peut être subordonnée à des conditions ayant pour objet (...) la moralité publique » et « l'autorité administrative peut subordonner l'autorisation à des conditions générales et retirer l'autorisation, le cas échéant, pour inobservation des réglementations préétablies ». Donc, conclut-il, « en vertu du droit de propriété de la ville de Paris sur son domaine public et, en tous cas, dans le cadre de ses pouvoirs de gestion, le préfet de la Seine pouvait prévoir la suspension ou le retrait de l'autorisation de gérance d'un kiosque sur la voie publique en cas de non-observation de conditions imposées dans l'intérêt général » ; les moyens tirés de la violation de la liberté de la presse et de la liberté du commerce sont « inopérants »⁸⁸.

2. Depuis lors, cet arrêt dont on a dit qu'il avait emporté « l'adoption définitive de l'idée de gestion »⁸⁹, a été repris par un certain nombre d'autres décisions parmi lesquelles quelques-unes au moins ont appliqué strictement le régime juridique réservé aux « actes de gestion » par l'arrêt du 20 décembre 1957⁹⁰.

cable pour la mesure de police, tandis qu'une mesure de gestion comporte des « sanctions administratives à caractère patrimonial et n'a aucun caractère pénal ».

⁸⁷ Sur ce point, le commissaire du gouvernement se sépare de l'opinion dominante.

⁸⁸ L'arrêt confirme en tous points ces conclusions : il rejette le moyen d'incompétence comme mal fondé, car la décision a été prise dans l'exercice des « pouvoirs de gestion » du domaine public et non ceux de la police (D. 10 octobre 1859) ; il déclare « inopérant » le moyen de la violation des libertés du commerce et de la presse ; il refuse de pousser le contrôle des motifs au-delà de la vérification de l'existence matérielle des faits et de leur qualification juridique ; il estime que le but était légal, puisque l'autorité chargée de la gestion n'en a pas visé d'autres que ceux en vue desquels ces pouvoirs lui ont été conférés : « l'intérêt du domaine et de son affectation » et « l'intérêt général ».

⁸⁹ KLEIN, *op. cit.*, p. 171. Mais l'auteur adopte une attitude critique (Voir *infra*). V. DÉNOYER (*op. cit.*, p. 73 et p. 195) qui se rallie sans réserve à cette décision si ce n'est toutefois qu'il remarque que « l'intégration de considérations tirées de l'ordre public dans la gestion peut être source de difficultés. En effet, la distinction entre l'acte de gestion et l'acte de police perd de sa netteté ». V. aussi CATHELINÉAU, note citée ci-après.

⁹⁰ V. en particulier : T.A. Bordeaux 17 octobre 1962, *Froment* (D. 1963, p. 575, note CATHELINÉAU), jugement dont les motifs ont été profondément réformés en appel : C.E. 18 novembre 1966, *Froment et Clément* (2 arrêts), R.D.P. 1967, p. 987, concl. Galabert, p. 543, note WALINE ; J.C.P. 1967, II, 15063, note MOURGEON ; A.J.D.A. 1967, II, p. 45, note A. de LAUBADÈRE ; — 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, R.D.P. 1963, p. 1174, note WALINE ; — 12 juin 1963, *Rimoux*, A.J.D.A. 1963, II, p. 703, obs. J.M. ; — 29 avril 1966, *Sté Affichage Giraudy*, Rec., p. 293 ; R.D.P. 1967, p. 198 ; A.J.D.A. 1966, II, 501 ; J.C.P. 1966, II, 14746, note KLEIN ; — 19 janvier 1966, *Club aérien « Les Gerfaux »*, D.A. 1968, n° 64. — V. aussi T.A. Rennes 9 décembre 1963, *S.A.R.L. « Viviers de Saint-Malo » c. E.D.I.*, J.C.P. 1965, II, 14084,

La classification des pouvoirs de l'administration sur le domaine public apparaîtrait dès lors relativement claire : l'administration disposerait, d'une part, de pouvoirs de police, notion qui fonde son unité sur l'ordre public traditionnel, d'autre part de pouvoirs de gestion, notion dont l'autonomie reposerait sur deux pôles : les occupations privatives et surtout l'intérêt général, compris comme incluant plus particulièrement les considérations d'une meilleure utilisation du domaine public⁹¹.

Cette nouvelle *summa divisio* n'est cependant pas apparue satisfaisante à tous les auteurs parce que le droit positif atteste l'imbrication de ses composantes.

D. DÉPASSEMENT DANS LA CONFUSION DE L'OPPOSITION ENTRE GESTION ET POLICE

Depuis que le droit positif semble s'être stabilisé sur cette relative autonomie des deux notions, quelques auteurs ont essayé de dépasser cette opposition nouvelle, semblable à celle du XIX^e siècle. Certains d'entre eux ont mis en lumière l'existence d'une communauté de buts entre la gestion et certains actes de police (1^o). M. Klein est allé plus loin en tentant d'opérer entre les deux notions une sorte de synthèse dans laquelle la police « prédomine[r]ait » sur la gestion (2^o). Mais, au total, on doit dire qu'aucun de ces auteurs n'a réussi — quel que soit le mérite de leurs efforts — à empêcher que le problème des rapports entre ces deux notions ne sombre dans un état de confusion inouï.

note J. DUFAY ; C.J.E.G. 1964, J. 187, concl. Clatin, note VIROLE ; T.G.I. Strasbourg, réf. 1^{er} mars 1962, J.C.P. 1962, II, 12643, note VEDEL. — C.E. 29 mars 1968, *Ville de Bordeaux c. Sté Menneret*, A.J.D.A. 1968, p. 348, concl. Thery, p. 574 ; Chron. DEWOST et DENOIX de SAINT-MARC ; — 2 mai 1969, *Sté Affichage Giraudy*, A.J.D.A. 1970, p. 110, note A. de LAUBADÈRE. — T.A. Lille 13 octobre 1971, *Vromaine*, Rec., p. 897. — C.E. 16 février 1972, *Sieur Bernard*, Rec., p. 140 ; — 21 juillet 1972, *Ville de Paris c. Cormier*, Rec., p. 561 (rapp. C.E. 20 octobre 1950, *Fédération parisienne du bâtiment*, S. 1951, III, p. 13).

91 A. de LAUBADÈRE exprime cette idée en écrivant, à propos des interventions de l'administration sur le domaine public ne relevant pas de la trilogie traditionnelle : « Ces interventions ne sont plus, du fait de leur but, de pures interventions de police ; elles se rattachent à l'idée de la meilleure mise en valeur économique par l'administration de son domaine considéré comme une richesse collective et trouvent leur fondement, non dans la police mais dans la « domanialité », c'est-à-dire en définitive la propriété administrative (...). Cette orientation est beaucoup plus nette encore (...) en matière d'occupations anormales » (*Traité*, T. II, p. 185).

M. CHAPUS enseigne pour sa part, avec certaines nuances, que « parmi les mesures se rapportant aux utilisations privatives du domaine public, les unes sont prises en vue de satisfaire les exigences de l'ordre public (tranquillité, sécurité, salubrité, ainsi que moralité publique) : on peut dire, ajoute-t-il, qu'elles tendent à assurer la police du domaine. Les autres sont prises en vue d'assurer la conservation du domaine public, son entretien ou son exploitation : on peut dire qu'elles tendent (y compris les mesures traduisant l'exercice de « la police de la conservation ») à en assurer la gestion » (Cours 3^e année de licence 1971-1972, p. 461).

1^o La mise en lumière des connexions par les buts entre gestion et police

166. — Depuis que la notion d'ordre public économique a été admise, il est apparu à certains que gestion et police pouvaient se rencontrer sur le terrain de leurs buts.

1. Ainsi, s'inspirant des idées de M. Auby⁹², M. Castagné a estimé que les arrêts « Antibois » et « Société des Chemins de fer et tramways du Var et du Gard »⁹³ ne constituaient qu'une « application de la notion d'ordre public économique » car « la validité des mesures de police en question résidait dans le fait qu'elles avaient pour but, en cette période de crise de l'année 1930, d'éviter des inconvénients désastreux d'une concurrence effrénée »⁹⁴. Cette opinion très intéressante ne permet cependant pas de connaître le fond de la pensée de son auteur car il ne se prononce pas sur la nature des rapports entre la police et la gestion.

2. M. Martres — qui admet tout à fait l'existence d'un ordre public économique et celle d'une « police patrimoniale » — s'est, par contre, prononcé sur la nature de ces rapports. D'une façon générale et malgré son objectif qui est de dégager la notion de police économique, il reprend l'analyse classique en la compliquant, à notre sens, considérablement : son point de départ, on le sait, consiste à opposer la police à « objet économique » et la police à « but économique », laquelle est la seule véritable police économique⁹⁵. La police générale de l'article 97 n'a, le cas échéant, qu'un objet économique, éventuellement un but patrimonial mais pas de but économique car il faudrait pour cela l'intervention de « lois spéciales » ; ainsi, seules les polices spéciales peuvent viser un tel but⁹⁶ (mais à ses yeux, bien sûr, toutes les polices spéciales ne visent pas un but économique). Or, bien qu'il constate que dans ces conditions « la gestion domaniale devrait rentrer dans la police économique dans la mesure où elle permet de réglementer l'activité de certains particuliers », il ne peut cependant s'y résoudre pour deux raisons qui à ses yeux se recoupent : la gestion n'est pas instituée par des textes spéciaux ; ce n'est donc pas une police économique. Pour lui, la gestion ne relève même pas de la police puisque, prenant en charge l'opinion dominante, il affirme : « police et gestion sont antinomiques »⁹⁷. En définitive, il lui « paraît plus conforme à la réalité » d'expliquer que, en matière de gestion domaniale, « l'administration poursuit toujours une fin patrimoniale spécifique, mais que cette fin (...) ne peut être assimilée à l'ordre

92 Cours de droit administratif 1953-1954, Editions Tex, p. 152 (cité par l'auteur), op. cit., p. 130. V. aussi la note de M. AUBY sous C.E. 25 juillet 1975, *Chaigneau*, R.D.P. 1976, p. 351.

93 Rec., p. 881.

94 Op. cit., p. 130, souligné par nous.

95 Op. cit., p. 90 et s. V. supra n° 119.

96 Op. cit., p. 83.

97 Op. cit., p. 128-129.

public général»⁹⁸. Il ne parvient cependant pas à éclaircir la distinction puisqu'il ajoute : « Bien entendu, il s'agit (en matière de gestion) d'un ordre public au sens large du terme qui pourrait se définir comme étant une forme de l'ordre public économique, c'est-à-dire se caractérisant par une volonté d'aménager, de rationaliser le commerce, tout en protégeant certains intérêts publics »⁹⁹ : « L'acte de gestion, conclut-il, nous apparaît alors comme le procédé permettant au maire d'imposer une réglementation économique à certaines professions occupant le domaine public, réglementation qu'il ne pourrait leur imposer par l'utilisation des pouvoirs traditionnels de police »¹⁰⁰.

M. Klein, qui cependant systématise beaucoup plus sa pensée, ne parvient pas à des conclusions plus convaincantes.

2° *La thèse de la prédominance de la police sur la gestion*

167. — Concernant les rapports entre police et police de la conservation, M. Klein a voulu établir, on se le rappelle, l'unité de la police du domaine public. Il a tenté de prolonger cette thèse à propos des rapports entre la gestion et la police. Son objectif est en effet de « montrer comment la coexistence de ces deux catégories est impossible dans la mesure où on les met sur un même pied, c'est-à-dire dans la mesure où elles se déroulent dans une même sphère ayant les mêmes buts, s'exerçant dans les mêmes conditions, etc. ». « Il ne [s'agit] donc pas tant de rejeter complètement l'idée de gestion — ce qui n'aurait guère (...) de sens, écrit-il, — mais de la ramener à de justes proportions et d'indiquer en particulier que si gestion et police peuvent coexister sur le domaine public, c'est pour la seule raison qu'elles ne se déploient pas dans la même sphère : la gestion est l'activité *interne* à l'administration, la police est l'activité *externe*, en ce sens que c'est elle qui est perceptible par le particulier usager (...) du domaine »¹⁰¹.

Il n'y a pas « concurrence » à son sens entre police et gestion car les mesures opposables aux particuliers relèvent toutes de la police : elles ont en effet toutes le « même but », qui est l'ordre public, et mettent toutes en œuvre « la même technique » d'intervention qui est celle de la police¹⁰².

1. Ce n'est pas cependant par la notion d'ordre public économique qu'il établit « l'unité de but » entre police et gestion. Au contraire, il critique cette notion car il n'admet pas la multiplication des « ordres publics sectoriels »¹⁰³ qui nuirait à l'unité de la notion

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 137.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Eod. loc.*, p. 138.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 216.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 217 s.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 230.

d'ordre public : celle-ci est avant tout un « contenant » dont le contenu est « illimité ou plus exactement indéfinissable »¹⁰⁴. Il condamne donc la thèse de M. Martres car, avec cette notion d'ordre public économique, « il ne manque qu'un pas » — « implicitement franchi (...) par M. Martres » — pour penser que la gestion se rapprocherait des buts d'une police économique domaniale¹⁰⁵. Or cette solution est, pense-t-il, inacceptable car il faudrait un texte pour conférer ce pouvoir de police économique aux autorités locales, et ce texte n'existe pas¹⁰⁶.

Malgré tout, la gestion et la police ont à ses yeux le même but car l'ordre public ne doit pas se distinguer de l'intérêt général : celui-ci est simplement une « maximisation de l'ordre public »¹⁰⁷ ou « la forme positive » de l'ordre public, lequel ne serait qu'une « condition négative »¹⁰⁸ de la légalité des actes de l'administration. Par ailleurs, lorsque des considérations de sécurité sont en conflit avec l'intérêt économique, c'est toujours l'ordre public au sens traditionnel qui s'impose à la gestion : « Le régime de la gestion n'est donc pas extérieur à l'ordre public qu'au contraire il ne peut dépasser »¹⁰⁹.

2. L'auteur établit « l'unité de technique » entre la gestion et la police en utilisant un syllogisme absolument irrecevable après avoir montré avec M. Martres que la distinction des techniques est une « pure distinction théorique » car « l'administration se soucie fort peu de savoir si elle agit en fonction de ses pouvoirs de gestion ou de ses pouvoirs de police »¹¹⁰, il affirme avec M. Perrot¹¹¹ : « dire d'une technique qu'elle postule un résultat spécifique, c'est dire que seule, elle est capable de produire un résultat déterminé dans des conditions données et qu'aucune autre ne peut atteindre un résultat exactement identique ». Ainsi « chaque technique ne peut postuler qu'un seul résultat spécifique qui lui est propre »¹¹² et « dans la mesure où police et gestion ne constituent que des techniques ayant un même objet et un même but, lorsqu'en outre elles sont réunies dans les mêmes mains, il n'y a aucune raison juridique de les distinguer, il ne s'agit que d'une activité unique »¹¹³.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 229.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 231.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 205, 229, 236, note 44. L'auteur reprend ici l'idée de J.L. MARTRES (voir *supra*) sans montrer qu'elle est discutable.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 223.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 233.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 234. « Le but d'ordre public, quelque forme qu'il prenne, semble bien être le seul but poursuivi par les autorités administratives (...) » (*ibidem*).

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 234.

¹¹¹ *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse droit Paris 1947. Sirey 1951, p. 44 et s.

¹¹² KLEIN, *op. cit.*, p. 237.

¹¹³ *Ibidem*. A son sens, cette technique unique relève bien de la police, car les pouvoirs de gestion — en dehors de quelques hypothèses comme l'article 99 du Code de l'Administration communale — ne reposent sur aucun autre texte que ceux de la police (*op. cit.*, p. 236); même lorsque les

« En cas de dissociation [de compétence] entre la police et la gestion, c'est (...) normalement, poursuit-il, la police qui conditionne le fonctionnement de la gestion, lui fournissant son *nihil obstat*. C'est à l'intérieur des limites fixées par la police relativement à l'ordre public que la gestion entendue au sens interne à l'administration pourra se déployer¹¹⁴ (...) ». « Il en résulte (...) que, finalement, le caractère de gestion est (et ne peut être) que *résiduel*. Certes, en réalité, sur le domaine public la préoccupation gestionnaire est devenue plus importante que celle de police et il y a quelque paradoxe à la qualifier de résiduelle, mais il s'agit là d'une qualification *juridique*. La gestion pourrait être conçue comme évoluant dans une zone laissée à l'écart par la police, de subtils rapports de compatibilité et de conformité s'établissant entre les deux techniques. C'est là, conclut-il, tout le sens de la notion de *prédominance* »¹¹⁵, notion « nécessaire » pour expliquer l'existence de pouvoirs de gestion, notion « suffisante »¹¹⁶ pour rendre compte de l'existence des pouvoirs de l'administration sur le domaine public.

Sans doute, « n'est-ce pas, comme s'excuse l'auteur, dans la simplicité que réside la vérité juridique »¹¹⁷, mais il faut noter à sa décharge qu'il y a un stade au-delà duquel la complexité du droit positif ne laisse plus place à l'expression d'aucune vérité et doit être dénoncée : comment accepter par exemple que les auteurs les plus qualifiés voient, dans une même décision — le règlement par lequel un maire répartir les places dans une foire en fonction de critères qui ne sont pas tirés de la trilogie traditionnelle¹¹⁸, l'un un

compétences de gestion et de police sont dissociées, comme dans l'espèce *Société nationale d'éditions cinématographiques*, le pouvoir mis en œuvre par l'autorité de gestion n'est en réalité qu'un pouvoir de police spéciale reposant sur le décret-loi du 29 juillet 1939 et conférant au préfet de police le droit de réglementer la vente des publications licencieuses. C'est précisément « une extension des pouvoirs de police dans le cadre de la gestion » (*op. cit.*, p. 238) qui a permis au Conseil d'Etat de ratifier une mesure que le préfet de police lui-même n'aurait pu prendre sur la base de son pouvoir de police générale et que le préfet de la Seine, sans cette extension, aurait été incompétent pour édicter.

114 Ceci est complètement démenti par le droit positif à l'époque des faits : le préfet de police, dans le cadre de ses pouvoirs conférés par les dispositions du décret-loi du 29 juillet 1939, n'avait fait qu'interdire par son arrêté du 3 mai 1948, « l'exposition et l'offre sur les places et les voies publiques » d'un certain nombre de revues licencieuses (voir concl. Guldner). Or, comme l'a fait remarquer le commissaire du gouvernement, « l'interdiction de vente » édictée par le Préfet de la Seine, et qui faisait l'objet du recours, allait plus loin que le règlement de police du 3 mai 1948 : donc ici les « pouvoirs de gestion » dépassent « les limites » assignées aux pouvoirs de police par les textes de police : cette situation, comme nous le montrerons, est tout à fait condamnable.

115 *Op. cit.*, p. 243.

116 *Op. cit.*, p. 245 et s.

117 *Op. cit.*, p. 287.

118 Nous faisons allusion aux arrêts *Froment* et *Clément* (C.E. 18 novembre 1966, précités). Dans l'arrêt *Clément*, le Conseil d'Etat a jugé légal l'arrêté instituant un critère de répartition des places fondé à la fois sur l'intérêt que les attractions pouvaient présenter pour le public et sur l'ancienneté des forains ; dans l'arrêt *Froment*, le Conseil d'Etat a au

acte de gestion¹¹⁹, l'autre un acte de police¹²⁰, celui-ci un acte de police pris dans un but de gestion¹²¹, ceux-là un « acte mixte »¹²² !

La recherche du critère de distinction entre police administrative, police de la conservation et gestion du domaine public ne se présente donc pas comme une entreprise très simple.

contraire annulé l'arrêté en ce qu'il faisait entrer en ligne de compte l'ancienneté des auteurs des propriétaires de manèges et de commerces forains : suivant les conclusions de M. Galabert (R.D.P. 1967, p. 987 s.), l'arrêt, sans se référer expressément à la liberté du commerce et au principe d'égalité, a sanctionné « l'atteinte illégale » à ces deux principes généraux du droit ; cet arrêt s'inscrit à contre-jourant de l'arrêt *Sté nationale d'éditions cinématographiques* qui considérait comme inopposable aux « pouvoirs de gestion » le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de la presse. Par là, aurait dû s'effacer la consécration de l'utilité contentieuse de la distinction entre acte de police et acte de gestion puisque aussi bien cet acte, qui selon la théorie désormais classique est un acte de gestion (relatif à une occupation privative soumise à des conditions tirées de la meilleure utilisation du domaine) n'était pas traité, de ce point de vue, de façon différente qu'un acte de police. Mais la jurisprudence *Sté Affichage Citraudy* (C.E. 29 avril 1966, J.C.P. 1966, II, 14746 et 2 mai 1969, A.J.D.A. 1970, p. 110) renoue à cet égard avec les principes de l'arrêt *Société nationale d'éditions cinématographiques*, en garantissant toutefois le respect du principe d'égalité (voir arrêt du 29 avril 1966) contrairement à ce qu'avait cru pouvoir faire le Tribunal administratif de Bordeaux à propos de l'affaire *Froment* (17 octobre 1962, D. 1963, p. 575). Dans les arrêts *Clément* et *Froment*, le pouvoir du maire était limité par la liberté du commerce et de l'industrie et par le principe d'égalité parce qu'il s'agissait d'occupations « normales » du domaine public, comme l'explique A. de LAUBADÈRE dans sa note sous ces arrêts. V. aussi les explications de P. BON, *op. cit.*, p. 151.

119 A. de LAUBADÈRE, note citée ci-dessus. V. dans le même sens J. CATHELIN, note au D. 1963, p. 575, sous le jugement de première instance (précité).

120 Cl. KLEIN, *op. cit.*, p. 203 : « Rien ne vient (...) justifier le caractère d'acte de gestion de cet acte ». V. aussi J. MOURGEON pour qui l'arrêt « donne un coup de frein à [la] dégradation de la notion de police administrative » parce que le « Conseil d'Etat a choisi de se replacer sur le terrain de la police » (note sous l'arrêt au J.C.P. 1967, II, 15063).

121 R. CHAPUS : « Ces arrêts illustrent bien la possibilité d'exercer le pouvoir de police de l'ordre public en vue de la gestion du domaine ». Cours de D.A. licence 3^e année 1971-1972, p. 464. V. aussi J. MOURGEON (note précitée) qui ajoute : « Certes il ne s'agit pas d'une notion étroite de police... : il est nettement précisé que la mesure de police appliquée au domaine public (...) peut être motivée par les impératifs de la bonne gestion du domaine ; le commissaire du gouvernement s'est exprimé en ce sens dans l'affaire *Froment* ».

122 M. WALINE note sous l'arrêt (R.D.P. 1967, p. 449) et J. DUFAU (*J.-Cl. A.*, Fasc. 406-2). V. aussi J. MOREAU (*J.-Cl. A.*, Fasc. 200) : « Dans la jurisprudence contemporaine, on recense de nombreux cas-limite où la même opération juridique paraît se situer aux confins de la gestion du domaine et de l'exercice de la police administrative (...), il semble parfois difficile d'avancer une qualification exclusive de l'une ou l'autre ». V. p. ex. T.C. 6 juillet 1981, *Jacquot c. Commune de Maixe*. Rec., p. 507. On pourrait citer d'autres exemples de ces désaccords, notamment à propos de l'affichage : voir G. VEDEL, note au J.C.P. 1962, II, 12643 ; KOVAR, art. précité, J.C.P. 1964 ; LAVIGNE, Chronique D. 1962, p. 199 ; KLEIN, *op. cit.*, p. 197 et 280 ; ANGSTHELM, art. à l'A.J.D.A. 1970, p. 196 et s.

Le législateur ne paraît pas lui non plus se faire une idée très claire de la distinction entre police et gestion, si l'on en juge par l'article 25 de la loi du 2 mars 1982 à propos du pouvoir de « police afférent à la gestion du domaine » départemental, confié au président du Conseil général (V. *supra*, n° 143, note 17).

SECTION II

RECHERCHE DES CRITÈRES DE DISTINCTION ENTRE
POLICE ADMINISTRATIVE. POLICE DE LA CONSERVATION
ET GESTION DU DOMAINE PUBLIC

L'imbrication des rapports entre ces notions laisse présager que cette recherche est vaine, bien qu'elle soit à première vue nécessaire puisque les régimes de ces pouvoirs ne coïncident pas entre eux.

§ 1. RECHERCHE DU CRITÈRE DE DISTINCTION ENTRE POLICE
ADMINISTRATIVE ET POLICE DE LA CONSERVATION

Si, avec la doctrine majoritaire, on réduit la police administrative à la police de l'ordre public général, la réflexion immédiate est de rechercher le critère de distinction dans le but visé par la mesure considérée. Mais même dans le cadre d'une telle réduction, ce critère s'avère tout aussi insuffisant (A) qu'inutile (B).

A. INSUFFISANCE DU CRITÈRE FINALISTE

Pour admettre l'exactitude du critère fondé sur le but de la mesure, il faudrait que la police de la conservation ne vise que le but de conservation de la dépendance domaniale à laquelle elle s'applique et, inversement, que seule la police de la conservation puisse viser un but de conservation. Ni l'une ni l'autre de ces deux conditions n'est absolument réalisée.

1° La police de la conservation ne vise pas que le but
de la conservation

168. — Il est certain que la police administrative générale locale exercée sur le domaine public tend exclusivement, pour l'essentiel au moins, à protéger la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Mais, en revanche, il n'apparaît pas que la police de la conservation se préoccupe uniquement de préserver l'intégrité matérielle et la consistance même du domaine public. Son but est beaucoup plus compréhensif : elle tend, dans certaines de ses applications, à protéger le domaine public pour lui-même, dans son affectation et son utilité sociale. Dès lors, le terme « conservation » ne présente qu'une valeur approximative. Il se comprend parfaitement si on

l'oppose à la sécurité, la tranquillité ou la salubrité publiques ; mais il ne permet nullement d'exclure toute interférence des buts de conservation et de salubrité par exemple, lorsque cette interférence apparaît indispensable pour garantir la destination du domaine, c'est-à-dire sa fonction sociale¹.

1. Ainsi les textes relatifs à la répression de certaines infractions à « la police de la conservation du domaine public », attestent le caractère inévitable de cette interférence lorsqu'ils instituent des sanctions pénales à l'encontre de ceux qui auront par exemple « laisser écouler ou répandu ou jeté sur les voies publiques des substances susceptibles de nuire à la salubrité et à la sécurité publiques ou d'incommoder le public »².

2. De même, certains textes relatifs au domaine public fluvial³ ou maritime ont prévu que des infractions à des règles de la police de la circulation constituent soit des contraventions de grande voirie, c'est-à-dire des contraventions à la police de la conservation de ces dépendances, soit des contraventions aux deux polices de la circulation et de la conservation⁴. D'autres dispositions relatives à ces

1 V. C.E. 10 décembre 1909, *Sté des propriétaires et locataires rouennais*, Rec., p. 981 ; — 27 février 1914, *Baslin Lombard et Cie*, Rec., p. 277, concl. Heilbronner, S. 1914, III, p. 81, note HAURIOU. — Sur cette idée, V. aussi : J. DUFAY, *J.-Cl. A.*, Fasc. 406-1.

2 D. n° 58-1354 du 27 décembre 1958, art. 1^{er}, 4^e. V. aussi D. n° 64-262 du 14 mars 1964, art. 16 : « Il est expressément fait défense de nuire aux chaussées des voies communales et à leurs dépendances ou de compromettre la sécurité ou la commodité de la circulation sur ces voies, notamment : ... de rejeter sur ces voies et leurs dépendances des eaux insalubres ou susceptibles de causer des dégradations, d'entraver l'écoulement des eaux de pluie, de gêner la circulation ou de nuire à la sécurité publique (§ 6) (...) de faire des dessins ou inscriptions ou d'apposer des placards, papillons ou affiches sur ces mêmes voies et ouvrages (but d'esthétique ou de conservation matérielle) (§ 10) (...) de déposer sur ces voies des objets ou produits divers susceptibles de porter atteinte à la sécurité de la circulation (...) ; art. 17 : de rejeter sur ces voies (...) les eaux ménagères (§ 5) ; art. 18 : Tout propriétaire ayant fait ouvrir des fossés ou canaux sur son terrain le long d'une voie communale, doit les entretenir de manière à empêcher que les eaux nuisent à la viabilité de la voie (al. 2). Si les fossés ou canaux ouverts par des particuliers sur leur terrain, le long d'une voie communale, ont une profondeur telle qu'elle puisse présenter des dangers pour la circulation, les propriétaires sont tenus de prendre les dispositions qui leur sont prescrites pour assurer la sécurité de la circulation (...) (al. 3) » ; art. 19 : « Dans le voisinage des voies communales, des excavations de quelque nature que ce soit ne peuvent être autorisées, sauf mesures de conservation du domaine public et de sécurité reconnues suffisantes qu'aux distances et dans les conditions ci-après déterminées (...) ». L'art. 23 de ce décret dispose que les infractions à ces mesures sont poursuivies dans les conditions prévues à l'ordonnance n° 58-1351 du 27 décembre 1958 ; V. aussi C.E. 17 mars 1982, *Guillemot*, Rec. T. p. 695.

3 V. art. 214 du Code du domaine public fluvial et circulaire n° 74-01 du 10 janvier 1974.

4 Pour des espèces touchant à la circulation ou au stationnement sur ces dépendances, V. : C.E. 10 mars 1933, *Gascard*, Rec., p. 308 ; — 4 novembre 1935, *Ministre des Travaux publics c. Noël et Segretain*, Rec., p. 1144 ; — 28 juin 1944, *Gardès et Fourniel*, Rec., p. 183 ; — 8 juin 1956, *Ministre des Travaux publics c. Zeher*, Rec., p. 242 ; — 2 mai 1959, *Ministre des Travaux publics c. Leroy*, Rec., p. 284 ; — 20 janvier 1960, *Ministre des Travaux*

dépendances et à leur « conservation » tendent à protéger expressément la salubrité des eaux des ports maritimes : « Nul ne peut porter atteinte au bon état des ports et havres tant dans leur profondeur et *netteté* que dans leurs installations. Il est défendu (...) de jeter des terres ou *immondices* dans les eaux des ports (...) »⁵.

L'échec de la première condition, c'est-à-dire du critère finaliste, est corroboré par celui de la seconde.

2° La police de la conservation n'est pas la seule à viser le but de conservation

169. — L'idée que la police de la conservation se reconnaîtrait à ce critère finaliste et qu'elle se distinguerait par nature de la police administrative repose sur la double conviction qu'elle serait la seule à pouvoir viser un but de conservation et que la police administrative se limiterait intrinsèquement à la trilogie municipale. Bien entendu, dans la mesure où l'intérêt essentiel de la police de la conservation consiste à viser un tel but, on doit admettre que la plupart des textes visant ce but en relèvent. Cependant, l'imbrication des objectifs de conservation et de sécurité ou de salubrité publiques joue également en sens inverse : on peut en effet recenser des dispositions qui contribuent, plus ou moins directement, à conserver le domaine public sans suivre néanmoins le régime des actes de police de la conservation.

C'est le cas par exemple des mesures du maire prises sur le fondement de l'article 97 du Code de l'administration communale

publics c. Sté des mines et produits chimiques, Rec., p. 45 ; — 5 juillet 1968, *Ministère de l'Équipement et du Logement c. Le Rollé*, Rec., p. 420. — Pour des hypothèses où un même fait peut être constitutif de deux infractions : C.E. Sect. 13 juin 1964, *Guégan*, Rec., p. 334, R.D.P. 1965, p. 85, note WALINE ; — 13 décembre 1967, *Bottichio*, Rec., p. 492 ; T.C. 10 mai 1971, *Agrelli*, Rec., p. 891 ; D.S. 1971, p. 629 ; C.J.E.G. 1972, J, p. 61. — Cass. crim. 4 nov. 1971, Bull. crim. n° 302, p. 748. Cependant le Conseil d'Etat distingue dans certains cas le règlement édicté dans l'intérêt de la sécurité ou de la salubrité publiques de celui qui n'est édicté que dans le but de l'intégrité du domaine public : C.E. 6 mai 1910, *Chaufour*, Rec., p. 380 ; — 11 juin 1911, *Challamel*, Rec., p. 678.

5 D. n° 56-321 du 27 mars 1956 ; art. 64 du Code des ports maritimes ; V. T.A. Montpellier 9 octobre 1970, *Préfet de l'Hérault c. Nannos*, Rec., p. 860. — V. aussi C.E. 16 mai 1947, *Eon*, Rec., p. 202 ; — C.E. 22 mars 1961, *Ville de Charleville* pour un cours d'eau navigable dont la pollution a pu être sanctionnée sur la base des textes de l'Ancien Régime (V. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 687) ; — C.E. 7 janvier 1976, *Yannakakis*, Rec., p. 1, R.D.P. 1976, p. 1509, note WALINE ; dans cette affaire, le Conseil d'Etat a invoqué l'article 64 du code des ports maritimes relatif à la « *netteté* » des eaux, mais a jugé aussi que le préfet pouvait se fonder sur l'article 3 de la loi du 29 floréal an X pour prendre, vu l'urgence, des mesures provisoires destinées à mettre fin à une situation dangereuse pour la sécurité.

V. aussi l'article 28 du code du domaine public fluvial interdisant, notamment, sous peine de contravention de grande voirie, « de jeter dans le lit des rivières et canaux domaniaux ou sur leurs bords des matières "insalubres" » ; pour une application, V. C.E. 10 mars 1976, *Ministère de l'Équipement c. Robert*, Rec., p. 152.

dans le but de garantir la « viabilité » des voies publiques⁶ ; c'est celui également du décret dont le Conseil d'Etat a reconnu la légalité dans son arrêt d'Assemblée du 1^{er} mars 1957, *Fédération départementale des associations de pêche et de pisciculture de la Charente*⁷ ; enfin, le décret n° 66-841 du 10 novembre 1966 (art. R. 26-16° du Code pénal) peut parfaitement être mis en œuvre pour protéger l'intégrité du domaine public puisqu'il punit d'une contravention de première classe « ceux qui auront abandonné, déposé ou jeté des ordures ménagères, des immondices ou des détritus de quelque nature qu'ils soient en un lieu dont ils ne sont ni propriétaires, ni usufruitiers, ni locataires et sans y être autorisés par une personne ayant l'un de ces titres, alors qu'un emplacement spécialement signalé a été désigné à cet effet par l'autorité administrative compétente »⁸.

Il ressort de ces constatations que la police de la conservation ne se distingue pas de la police administrative par son but, mais seulement par son régime qui, sans doute, est le seul élément véritablement spécifique : ainsi, il existe des actes de police administrative contribuant plus ou moins directement à conserver le domaine public mais qui ne sont pas sanctionnés selon le système répressif (administratif ou judiciaire) propre à la police de la conservation (mais seulement par les articles R. 26-15° et suivants du Code pénal ou, le cas échéant, par d'autres textes pénaux). Corollairement, des actes sanctionnés par ce système répressif spécifique ne visent pas exclusivement le but de conservation proprement dit.

L'échec du critère finaliste oblige-t-il à en chercher un autre ? Nous ne le pensons pas.

B. INUTILITÉ D'UN CRITÈRE DE DISTINCTION

170. — La recherche d'un critère de distinction entre deux types d'actes n'est indispensable que dans la mesure où leurs régimes diffèrent et où c'est une différence de nature entre ces actes qui justifie, à elle seule et directement, la différence de régime.

Or la différence de régime entre la police de la conservation et la police de l'ordre public général local tient principalement à ceci : une autorité de police générale *locale* ne peut en principe, à moins de se fonder sur un texte particulier ou d'invoquer la notion

⁶ V. aussi C.E. 22 octobre 1975, *Société Solimat et Molon*, Rec., p. 900 : légalité d'un arrêté municipal interdisant sur certaines voies la circulation de véhicule dont le poids total excède 12,5 tonnes ; mesure soi-disant justifiée par « l'étroitesse des voies ». V. aussi l'arrêt *Labonne* précité, pour le pouvoir du préfet. V. C.E. 17 mars 1982, *Guillemot*, Rec. T., p. 695.

⁷ Rec., p. 140.

⁸ V. aussi l'art. R. 26-5° (ancien art. 471, § 5, du Code pénal) : « Ceux qui auront négligé ou refusé d'exécuter les règlements ou arrêtés concernant la petite voirie ».

de « viabilité », édicter une mesure réglementaire tendant à la seule conservation du domaine⁹ ; une telle mesure, sauf texte exprès, ne serait pas sanctionnée pénalement par le juge judiciaire qui refuserait d'appliquer l'article R. 26-15^o du Code pénal¹⁰.

Dans ces conditions, l'application du régime de la police de la conservation ne dépend pas de savoir si elle est une police ou non : l'autorité de police qui se dispose à émettre un acte visant la conservation du domaine public ne doit se poser qu'une double question : celle de savoir quel est le champ géographique de sa compétence et, au cas où celle-ci ne s'étend pas à tout le territoire national, celle de savoir si un texte particulier ou la mise en cause de la viabilité l'autorisent à intervenir. Le juge administratif ne s'intéresse qu'à l'existence d'un texte qui, seul, lui permet de sanctionner la contravention ; le juge judiciaire répressif également, à cette nuance près que s'il n'y a pas de texte spécial, il doit, pour sanctionner, rechercher si la mesure vise, en même temps que la conservation, soit la sécurité, soit la tranquillité, soit la salubrité publiques. Ni l'un ni l'autre juge n'a donc de raison de mettre en œuvre un quelconque critère de distinction entre ces deux pouvoirs. Il devrait donc en être de même en doctrine.

Ainsi, non seulement le critère finaliste apparaît insuffisant, mais encore la nécessité même de découvrir un critère de distinction ne s'impose pas pour déterminer le régime juridique applicable. Certes, cette constatation n'exclut pas *a priori* une différence de nature entre ces deux pouvoirs ; mais celle-ci ne pourrait finalement prévaloir que si leur fondement théorique respectif était effectivement différent. Il faudra donc réexaminer chacun d'eux.

On ne saurait cependant tirer les mêmes conclusions à propos de la distinction entre police administrative et gestion du domaine public.

§ 2. RECHERCHE DU CRITÈRE DE DISTINCTION ENTRE POLICE ADMINISTRATIVE ET GESTION DU DOMAINE PUBLIC

La recherche d'un critère est ici nécessaire parce que la différence de certains aspects des régimes des deux types d'actes semble directement découler d'une différence de nature de ces deux pouvoirs. En effet, on ne voit pas, *a priori*, comment justifier que la liberté du commerce ou la liberté de la presse soit opposable à l'acte de police mais pas à l'acte de gestion si ce n'est directement à raison d'une différence de nature des deux pouvoirs.

Mais l'examen de chacun des critères possibles montre qu'aucun d'eux n'est satisfaisant si l'on doit les considérer isolément et faire

⁹ Ce n'est pas le cas, on vient de le voir, de l'autorité décrétable : voir C.E. Ass. 1^{er} mars 1957, *Fédération départementale des associations de pêche et de pisciculture de la Charente*, précité.

¹⁰ V. *supra*, Introduction de ce chapitre, paragraphe préliminaire, n° 142, et chapitre précédent, Sect. I, § 1, C. n° 109.

jouer à chacun un rôle universel de distinction (A). La combinaison de certains d'entre eux n'apparaissant pas plus opératoire (B), on tentera d'envisager la possibilité d'un système de critères relatifs dans lequel le choix du critère retenu dans chaque hypothèse concrète dépendrait de l'objet précis du problème de régime à résoudre (C).

A. LES CRITÈRES ISOLÉS

À la suite des auteurs qui les ont dégagés¹¹, on doit ici envisager tour à tour la valeur des critères fondés sur le but, l'organe, la portée, l'objet ou les sanctions de l'acte considéré.

1^o Le critère finaliste

171. — Il n'est pas possible de retenir le critère finaliste pour la double raison que les actes de gestion peuvent viser un but d'ordre public et qu'ils n'ont pas le monopole des buts d'intérêt général, économique ou patrimonial.

1. Sans pouvoir définir avec certitude le contenu de l'ordre public, on doit admettre qu'il peut englober non seulement les éléments de la trilogie municipale, mais également, sans doute, l'esthétique ou la moralité. Or la jurisprudence fournit des exemples d'actes de gestion visant l'un ou plusieurs de ces buts. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Société nationale d'éditions cinématographiques*, la mesure incriminée tendait à protéger la moralité publique ; dans l'arrêt *Commune de Saint-Brévin*¹², le Conseil d'Etat a jugé qu'un « acte de gestion » (autorisation d'occupation du domaine public maritime) devait faire l'objet d'un retrait si son maintien compromettrait notamment la salubrité et la sécurité publiques ; une jurisprudence antérieure enseigne qu'une permission de voirie — mesure généralement considérée comme acte de gestion — pouvait être retirée dans un but d'esthétique¹³ ou de sécurité¹⁴ ; plus

11 V. Notam. MM. WATRIN (*op. cit.*), CATHELIN (note précitée au D. 1953, p. 575), KLEIN (*op. cit.*, p. 201 s.), MOREAU (*J.-Cl. A.*, Fasc. 200).

12 C.E. 3 mai 1963, R.D.P. 1963, p. 1174, note WALINE, A.J.D.A. 1963, p. 343, chron. GENTOT et FOURRÉ ; C.J.E.G. 1964, J, p. 186, note VIROLE.

13 C.E. 14 mai 1941, *Compagnie nouvelle des chalets de commodité*, Rec., p. 44 ; — 13 juillet 1951, *Sté La Nouvelle Jetée*, Rec., p. 404 ; — 9 juillet 1952, *Préa*, Rec., p. 368 (but d'esthétique sous couvert d'intérêt général) ; — 25 mai 1953, *Leleu*, Rec., p. 153 ; — 2 février 1955, *Batisse*, A.J.D.A. 1955, II, p. 118 ; — 18 mai 1960, S.A.R.L. « Les dragues blésoises », R.P.D.A. n° 227, p. 101, Rec., p. 1058 ; — 4 juillet 1969, *Laurent*, Rec., p. 362 ; — C.E. 10 janvier 1940, *Balzano*, Rec., p. 1 (retrait de permission de voirie dans un but de salubrité et de moralité).

14 C.E. 5 novembre 1948, *Sergent*, Rec., p. 407 ; — C.E. 20 octobre 1961, *Hamon*, A.J.D.A. 1962, II, p. 138, note J.D. ; — C.E. 17 janvier 1975, *Courteille*, D.A. 1975, n° 51 (arrêt relatifs à des retraits ou à des refus de permissions de voirie opposés à des distributeurs d'essence dans des buts de sécurité de la circulation).

récemment, la Haute Assemblée a reconnu la compétence d'une autorité de gestion — le préfet de Paris — à créer, sans en référer à l'autorité de police, un parc de stationnement payant¹⁵, c'est-à-dire à viser un but de bon ordre ou de commodité de circulation.

Bien que ce premier point suffirait à ruiner la valeur de tout critère finaliste, il faut en outre indiquer que les buts généralement considérés comme étrangers à l'ordre public peuvent être légalement atteints par des normes ne relevant pas de la gestion.

2. Certains actes de police visent depuis bien longtemps l'intérêt général sans qu'on ait jamais songé à leur dénier pour cette raison la nature d'acte de police¹⁶. Ainsi, en matière économique, on relève de nombreuses réglementations auxquelles on s'est accordé à reconnaître le caractère de « polices »¹⁷. La difficulté de citer des actes de police qui viseraient un but patrimonial ne provient que de la réticence de la pensée juridique contemporaine à qualifier d'actes de police de telles mesures¹⁸; mais si l'on admet que la police de la conservation ait pu, au moins autrefois, s'analyser en une police, on doit aussi admettre, par conséquent, que la notion de police ne présente aucune inaptitude intrinsèque à couvrir de telles préoccupations. En tous cas, nul n'a jamais contesté que les mesures de « viabilité », qui de façon au moins indirecte protègent les finances publiques, soient des mesures de police.

Le critère finaliste, même s'il fournit une indication, est insuffisant à lui seul à permettre la qualification d'une mesure, surtout lorsque celle-ci concerne de façon indistincte, aussi bien l'ordre public habituel que l'intérêt d'une meilleure mise en valeur économique du domaine public ou la protection d'un service public (arrêts *Société Desaveines*, *Commune de Saint-Brévin*, *Froment*, *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes*¹⁹).

2° Le critère organique

172. — Sous certaines réserves, le critère organique ne semble adéquat que dans l'hypothèse où l'acte est édicté par une autorité n'ayant reçu que des compétences de gestion. Mais la circonstance que certains organes possèdent une double compétence de gestion et de police oblige à le rejeter.

15 C.E. 21 juillet 1972, *Ville de Paris c. Cormier*, Rec., p. 561.

16 V. la jurisprudence du XIX^e siècle citée *supra*, Section I, § 2, n° 156, note 15; V. en outre l'arrêt *Ville de Dieppe* du 8 décembre 1972, A.J.D.A. 1973, chron. p. 28, ou encore l'arrêt *Bougie* du 14 janvier 1981, Rec., p. 15.

17 V. *supra*, Chapitre précédent, Section I, § 2, B, 1°, n° 119.

18 V. cependant ci-dessus les travaux de Y. LENOIR, J.L. MARTRES, J. LEPENNEC, qui admettent la possibilité de polices patrimoniales. Dans le même sens, V. J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200 (1971, p. 14, n° 92): « Certaines polices spéciales peuvent être dotées de finalités patrimoniales ».

19 C.E. 2 juin 1972, Rec., p. 407; A.J.D.A. 1972, p. 647, concl. Rougevin-Baville (institution de l'obligation de recours au service de pilotage dans les ports maritimes).

1. Les décisions du préfet de Paris — aujourd'hui du maire de Paris²⁰ — semblent devoir toujours se rattacher à la notion de gestion puisque certaines mesures, dont le contenu est cependant tout à fait semblable à celui des actes de police, ne reçoivent pas cette qualification lorsque c'est cette autorité qui les a prises : ainsi en va-t-il de la réglementation de l'affichage des revues et journaux dans les kiosques (arrêt *S.N.E.C.*), de la création d'un parc de stationnement payant (arrêt *Ville de Paris c/ Cormier*), de la réglementation de la circulation dans le bois de Vincennes (arrêt *Rimoux*)²¹.

Cependant, dès lors que cette autorité de gestion est compétente dans des matières à propos desquelles les maires ou les préfets des collectivités territoriales de droit commun peuvent intervenir en tant qu'autorités de police, on voit mal ce qui *a priori* obligerait à penser que les mesures qu'elle édicte doivent être par nature différentes de celles de police. Sinon, il faudrait rendre compte d'un trop grand nombre de contradictions : « le nettoyage, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements... » seraient des activités de police lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, mais elles ne le seraient plus lorsqu'elles sont exécutées sur le fondement de l'article 1^{er} du décret du 10 octobre 1859 ? « Les permissions pour établissement sur la rivière, les canaux et les ports » ne relèveraient de la police que dans le cas où elles sont octroyées sur le fondement du Titre V (relatif à la « police »), art. 99 du Code de l'Administration communale (ou du Titre III, art. L. 131-5 du Code des communes) mais jamais si elles le sont sur la base de l'article 1^{er} 4° du décret du 10 octobre 1859 ? La réglementation de l'approvisionnement des boulangeries et la taxation du pain se rattacheraient à la police ou à la gestion, selon qu'elles sont, dans le premier cas, décidées par un maire ou, dans le second, par le maire de Paris (qui a sur ce point reçu les compétences des maires de droit commun) ? La réglementation de l'affichage publicitaire reposerait sur une compétence de gestion lorsqu'elle s'applique au boulevard périphérique de Paris²², alors que partout ailleurs en France, elle constitue une mesure de police²³ ? A l'inverse, la fixation des conditions d'admission des marchands sur le parreau du Temple

20 V. P. FERRARI et Ch. L. VIER, *Le nouveau statut de Paris*, A.J.D.A. 1977, p. 115 et s., notam. p. 122-123.

21 Cependant, à l'époque des faits, le bois de Vincennes n'avait pas encore été intégré dans le domaine public de la ville de Paris (V. C.E. 14 juin 1972, *Eidel*, Rec., p. 442).

22 C.E. Sect. 1^{er} octobre 1966, *Union des Chambres syndicales d'Affichage et de Publicité extérieure* : J.C.P. 1967, II, 15192, concl. Rigaud : selon cet arrêt, le préfet de la Seine est compétent dans cette matière en vertu de l'article 6 de la loi du 12 avril 1943 au terme duquel « ... la publicité par affiche, panneaux-réclame, peintures ou dispositifs quelconques peut être interdite ou réglementée par le préfet sur tout ou partie du territoire de chaque commune ».

23 V. R. BRICHET, *Protection des sites*, J.-Cl. A., Fasc. 467.

serait ici de la police²⁴ et, sur les autres marchés extérieurs à Paris, de la gestion²⁵ ?

Ces remarques compromettent la valeur du critère organique ; l'existence d'un dédoublement fonctionnel pour certaines autorités le condamne complètement.

2. Il n'y a pas lieu d'insister sur le fait que les autorités de police peuvent prendre des actes de gestion, constatation qui ressort de l'étude de toute la jurisprudence des quarante dernières années. On doit cependant souligner que cette compétence vaut non seulement pour toutes les autorités de police générale (y compris l'autorité décentralisée : voir l'arrêt *Desaveines*) mais aussi pour certaines autorités de police spéciale au moins, comme le ministre (voir l'arrêt *Commune de Saint-Brévin*). Il faut en outre noter que lorsque ces autorités de police agissent au titre de leur pouvoir de gestion, elles ne sont pas tenues de suivre une procédure particulière qui permettrait de reconnaître la nature de l'acte.

Il convient donc d'envisager un autre critère.

3° Le critère tiré de la portée réglementaire ou non réglementaire de l'acte

173. — Ce troisième critère, proposé par M. Cathelineau, ne se révèle pas très fiable, comme l'admet l'auteur lui-même : si en général les actes de gestion sont bien individuels, il en est de réglementaires (voir arrêts *Desaveines*, *Rimoux* et *S.N.E.C.*²⁶) ; de surcroît, tous les actes individuels ne relèvent pas, bien entendu, de la gestion.

Mais ce critère gagnerait peut-être à être précisé si certains actes individuels constituaient, à raison de leur objet, des mesures de gestion.

4° Le critère tiré de l'objet de l'acte

174. — Si les permissions de voirie sont souvent traitées comme des actes de gestion, la règle ne semble pas absolue et, en tous cas, tous les actes de gestion ne sont pas des permissions de voirie.

1. Au dix-neuvième siècle, nous le savons, les permissions de voirie étaient toujours des actes de police. Certains arrêts relativement récents les désignent encore comme tels²⁷. Dans la doctrine

24 C.E. 27 janvier 1954, *Syndicat des marchands du Carreau du Temple*, qui reconnaît la compétence du préfet de police.

25 T.A. Bordeaux 17 octobre 1962, précité.

26 La nature réglementaire de la décision attaquée a été admise par M. Guldner, concl. S. 1958, p. 74, 2^e col., *in fine*.

27 C.E. 19 juillet 1931, *Ville de Sarreguemines*, S. 1932, III, p. 25, concl. Andrieux, note P. LAROCHE ; dans un arrêt *Desmarais Frères* du 14 mai 1937

strictement contemporaine, il arrive qu'elles soient assimilées à des « autorisations de police »²⁸.

2. L'arrêt *Commune de Saint-Brévin* qualifie « d'acte de gestion » une autorisation d'occupation privative du domaine public sans avoir recherché si elle comportait une emprise dans l'assiette de la dépendance. Certains auteurs ont pensé que les permis de stationnement pouvaient eux aussi relever de cette catégorie juridique²⁹. En tout état de cause, les arrêts *Desaveines*, *S.N.E.C.*, *Rimoux* interdisent de retenir un tel critère, dès lors qu'ils ne concernent pas des permissions de voirie.

On peut enfin se pencher sur le dernier critère possible, celui des sanctions applicables.

5° Le critère tiré des sanctions applicables

175. — Sans doute, les actes de police municipale sont-ils en principe sanctionnés pénalement, au moins par l'article R. 26-15° du Code pénal, tandis que les actes de gestion échappent à cette disposition et ne font normalement l'objet que de sanctions administratives. Ce critère ne peut cependant pas être adopté car il ne s'avère pas toujours opératoire ni très utile et ne fait finalement que reproduire sous une autre forme le critère finaliste.

1. Une mesure assortie de sanctions administratives pourrait être un acte de police³⁰. La violation des dispositions d'une permission de voirie est susceptible de provoquer une condamnation pour contravention de grande voirie³¹ ou même pour contravention judiciaire de police³². L'applicabilité d'une sanction pénale à une mesure donnée ne permet pas vraiment à elle seule de classer celle-ci dans une catégorie ou dans l'autre : ainsi, si la méconnaissance

(Rec., p. 504), le Conseil d'Etat a contrôlé l'opportunité d'une telle décision (voir M. WALINE, *Précis*, T. II, p. 161, § 264), exactement comme il l'aurait fait pour un acte de police.

28 N. QUESTIAUX, concl. sur C.E. Ass. 19 juin 1964, *Sté des Pétroles Shell Berre*, R.D.P. 1964, p. 1027. — F. BATAILLER, *Les Beati possédantes du droit administratif*, R.D.P. 1965, p. 1053 et 1058 ; P. LAVIGNE, *La légalité des concessions exclusives d'affichage sur les palissades implantées sur le domaine public*, D. 1962, Chron., p. 203 ; R. ODENT, Cours précité, p. 880.

29 V. *supra*, Section I, § 2, note 68, la référence aux travaux de M. OTTOZ et de E. LEQUIEN.

30 V. J.M. AUBY, *Les sanctions administratives en matière de circulation automobile*, D. 1952, Chron. XXV, p. 110 et *La réglementation administrative du stationnement des véhicules automobiles sur les voies publiques*, D. 1962, Chron. XIV, p. 83.

31 C.E. 9 juillet 1952, *Dame Préa*, Rec., p. 368 ; — 19 juin 1964, *Monneret*, Rec., T. p. 1036. — V. aussi C.E., Sect., 21 novembre 1969, *Koebelin*, A.J.D.A. 1970, p. 160, note GODFRIN ; (il en irait de même si le permissionnaire effectuait des travaux dans l'assiette même du domaine, alors qu'il ne disposait que d'un permis de stationnement : C.E. 14 juin 1967, *Malortigue*, Rec., p. 964).

32 Cass. crim. 21 décembre 1907 (aff. *Perchot*), D.P. 1910, I, p. 169, note P. DELANBY : application de la sanction de l'article 471-5° du Code pénal.

des « règlements ou des arrêtés concernant la petite voirie » peut entraîner une contravention de police de première classe (art. R. 26-5° ou 471-5° ancien du Code pénal)³³, il est toujours difficile de la qualifier ; il en va de même du refus d'acquitter le montant de la taxe au paiement de laquelle est subordonné le droit de stationner qui, désormais, constitue également une contravention de police en vertu de l'article R. 26-15° du Code pénal³⁴.

2. L'utilité pratique d'un critère consiste à reconnaître la nature d'un acte afin de déterminer le régime juridique applicable. Or les sanctions qui assortissent une mesure constituent déjà un aspect de ce régime et s'il s'agit de savoir quelles sont les sanctions qui frapperont le contrevenant à tel acte, il apparaît exclu de mettre en œuvre un tel critère. Même si la difficulté de régime qui se pose ne concerne pas les sanctions de la norme, on voit mal, d'ailleurs, quelle pourrait être l'utilité du critère des sanctions : la compétence de l'auteur de l'acte, par exemple, ne se déduit pas du point de savoir si l'acte peut faire l'objet d'une sanction pénale ; le degré d'opposabilité des principes d'égalité ou de la liberté du commerce, quant à lui, ne dépend pas non plus de la nature de la sanction applicable.

3. Prétendre que seuls les actes de police municipale peuvent être assortis de la sanction de l'article R. 26-15° n'autorise pas à faire de cette sanction le critère de distinction de la police et de la gestion : d'une part, en effet, la notion de police administrative ne doit pas se confondre avec les actes visant un but de police municipale ; d'autre part, l'application de cette sanction ne dépend pas de la nature de l'acte mais de son but : une permission de voirie comportant une incidence sur la sécurité publique serait sanctionnée, un décret ordinaire du Premier Ministre en matière d'esthétique ne le serait sans doute pas sur la base de l'article R. 26-15° du Code pénal³⁵. C'est pourquoi, dire qu'une mesure appartient à la catégorie « police » parce qu'elle est sanctionnée par l'article R. 26-15° revient purement et simplement à appliquer le critère finaliste que nous avons dû écarter.

33 Pour des applications de l'article 471-5° du Code pénal, V. F. HÉLIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, 4^e éd., T. II, p. 1020, § 1151.

34 Sur l'évolution jurisprudentielle depuis l'arrêt Cass. crim. 23 juillet 1927 (Rev. dr. pén. 1928, I, p. 53), V. J.P. COSTA, *Le stationnement des véhicules en droit pénal*, D. 1964, p. 101 et s. ; note J.P. GILLI sous Cass. crim. 18 février 1971 au D. 1971, III, p. 729, note J.P. DOUCET sous le même arrêt ; Gaz. Pal. 1971, II, p. 640 ; V. aussi Cass. crim. 27 mai 1972 (aff. Fayolle), Bull. crim. 1972, n° 175, p. 446 ; T.A. Dijon 7 juillet 1971, *Idee et autres*, Rev. Adm. 1971, n° 73, p. 35, concl. Namin ; A.J.D.A. 1972, p. 121, note VAUCOULOUX ; C.E. 22 février 1974 (même espèce), Rec., p. 141 ; Rev. Adm. 1974, 563 ; Gaz. Pal. 4-5 juillet 1975, note Fr. MODERNE ; Fr. MODERNE, étude précitée, Gaz. Pal. 30 août 1973, p. 546 ; J. DUFAY, étude précitée, A.J.D.A. 1976, p. 493, et *op. cit.*, p. 309 ; C. TEITGEN-COLLY, article précité, R.D.P. 1982, p. 1081, et *op. cit.*, p. 459.

35 V. Chapitre précédent, Section I, § 1, C, n° 109 et Section II, § 1, n° 126, notes 10 et 11.

Puisque, pris isolément, ces critères ne conviennent pas, on doit se demander si, comme le pense M. Cathelineau, leur combinaison est susceptible d'opérer la distinction.

B. LA COMBINAISON DES CRITÈRES

Deux modes de combinaison peuvent être envisagés : l'un total (1°), l'autre sélectif (2°).

1° La combinaison de la totalité des critères :

176. — Un acte qui serait pris compétemment par une autorité de gestion, ou même par une autorité mixte, qui pourrait légalement viser un but non-inclus dans la trilogie municipale, qui n'aurait pas une portée réglementaire ou, mieux, qui aurait pour objet une autorisation comportant emprise, qui serait soumis à un contrôle juridictionnel limité et dont le respect enfin ne serait pas garanti par une sanction pénale apparaîtrait sans nul doute comme un acte de gestion.

Mais ce moyen de distinction serait le contraire même d'un critère car cette combinaison épuiserait la quasi-totalité des traits descriptifs de l'acte de gestion : un critère n'est opératoire que lorsqu'il ne suppose pas déjà résolue la question même à résoudre : que nous importe de savoir que l'acte de gestion est celui qui suit tel régime, lorsque l'on cherche précisément à déterminer quel régime juridique sera applicable à telle mesure ?

Un critère devrait donc si possible être indépendant du régime des actes concernés ou, à défaut, ne porter que sur un nombre minimum d'éléments de ce régime juridique. La moins mauvaise des combinaisons devrait par conséquent se limiter à deux éléments caractéristiques d'un acte.

2° Les combinaisons sélectives

177. — Le moins inexact et le plus simple des critères étant celui fondé sur le but de l'acte, il convient de l'associer tour à tour avec ceux qui paraissent mériter quelque attention.

1. La combinaison des critères finaliste et organique se révèle inapplicable dans le cas d'une autorité mixte : si l'on qualifiait comme acte de gestion une mesure prise par le maire parce qu'elle vise un but de gestion et émane de cette autorité, on ne mettrait finalement en œuvre que le seul critère finaliste, mais pas le critère organique puisqu'il n'est ici d'aucun secours en raison du déroulement fonctionnel du maire. Cette combinaison est par ailleurs inutile dans le cas des autorités exclusivement compétentes en matière de gestion car, en principe, leur seule qualité confère à

leurs actes la nature de mesures de gestion (sans que cette qualité puisse cependant, comme on l'a vu, constituer un critère).

Que vaut donc la combinaison des critères de l'objet et du but ?

2. Dans l'état actuel du droit positif, le retrait d'une permission de voirie dans un but dit « d'intérêt général » constitue certainement un acte de gestion. Mais cette qualité semble davantage résulter du but de la mesure (qui à lui seul n'est cependant pas suffisant) que de cette combinaison puisque, comme on vient de le montrer, d'autres mesures n'ayant pas cet objet peuvent aussi recevoir cette qualification.

3. La combinaison des critères des sanctions et du but constitue, quant à elle, une tautologie puisque l'application de la sanction pénale de l'article R. 36-15° dépend du type de but visé.

Il s'avère donc impossible de dégager le critère à valeur universelle qui, dans n'importe quelle hypothèse, permettrait de faire le départ entre gestion et police. Peut-on, dans ces conditions, tenter l'ultime méthode des critères relatifs ?

C. LE SYSTEME DES CRITERES RELATIFS

178. — Dans un tel système, le choix du critère dépend de l'objet concret du problème de régime à résoudre. Nous n'envisagerons ici que trois problèmes parmi les plus courants.

1. Lorsqu'il s'agit de décider si telle norme peut ou non être sanctionnée par l'article R. 26-15°, il est inutile de qualifier l'acte : il suffit de s'interroger sur son but, qui devient ainsi le critère de l'applicabilité de la sanction pénale.

2. Lorsqu'il s'agit de déterminer si telle autorité de police peut compétemment édicter une mesure visant l'intérêt du domaine public, il faut, en principe, rechercher d'abord la nature de sa compétence : l'autorité décentralisée serait sans doute compétente ; l'autorité locale de police ne le serait, à défaut d'un texte et sauf mise en cause de la « viabilité », que si l'acte concernait une autorisation d'occupation privative ; même si cette condition était remplie, il faudrait encore établir l'objet de l'acte (occupation comportant emprise ou n'en comportant pas) et déterminer la collectivité propriétaire de la dépendance intéressée : un maire ne pourrait octroyer une permission de voirie (quelles que soient les conditions mises à sa délivrance) que pour le domaine public communal ; il pourrait par contre délivrer un permis de stationnement sur ces dépendances ou sur d'autres dépendances non communales et imposer à cette occasion des conditions garantissant une « meilleure utilisation du domaine » puisqu'une autorité de police, si l'on en croit la jurisprudence, peut viser un tel but.

3. Lorsqu'il s'agit enfin d'estimer dans quelle mesure les principes d'égalité et de la liberté du commerce sont opposables à l'acte, il faut, selon M. Galabert, tenir compte de son but : « ce contrôle sera (...) nécessairement plus souple dans la mesure où interviendront des considérations de bonne utilisation du domaine »³⁶.

La valeur d'un tel système de critères apparaît très limitée pour diverses raisons : toute idée de relativité pour un critère le condamne en tant que tel : dès lors qu'il n'est ni universel, ni absolu, ni simple, il présente peu d'utilité pratique. Ces limites recèlent en outre un vice plus fondamental : il s'agit beaucoup moins d'un système de critères que d'une méthode — assez imprécise — d'identification directe de la règle de droit applicable puisque, dans ces trois exemples, la qualification de l'acte n'est pas vraiment indispensable. Doit-on en déduire que la distinction des deux catégories n'est pas utile en pratique et que, dès lors, elle ne se justifie pas en théorie ?

Cette conclusion serait sans doute prématurée, mais l'on peut déjà avancer l'idée que la distinction entre police et gestion est née, pour l'essentiel, d'une différence de but et qu'elle ne se maintient plus à l'heure actuelle que par une différenciation relative des régimes. Ce n'est qu'au cas où celle-ci ne pourrait s'expliquer, elle aussi, que par une spécificité de fondement de chacune des deux catégories, que l'on serait autorisé à maintenir leur autonomie. Il faudra donc reprendre l'étude de ces fondements avant de se prononcer.

En tous cas, nous sommes en mesure de confirmer l'hypothèse que nous avons formulée au terme de l'étude des rapports entre la police administrative et la réglementation en général : la notion de police est liée, en doctrine et en droit positif, aux formes que revêtent les interventions d'un Etat de type libéral assez pur : dès que les autorités de police étendent leurs missions, diversifient leurs buts d'intervention, ajustent leurs techniques aux exigences nouvelles de l'action administrative, la notion de police tend à s'effacer pour laisser la place à une autre notion — ici celle de police de la conservation ou celle de gestion du domaine public — si bien que l'apparition de ces deux concepts ne constitue qu'une manifestation particulière de cette substitution générale.

C'est en des termes très différents que se pose le problème de la distinction entre les notions de police administrative et de sanction administrative.

³⁶ Concl. précitées sur l'arrêt *Froment*, R.D.P. 1967, p. 998.

CHAPITRE III

POLICE ADMINISTRATIVE ET SANCTION ADMINISTRATIVE

68

179. — 1. La confrontation des deux notions de police et de sanction administrative soulève, de notre point de vue, deux types de problèmes.

Le premier consiste à se demander dans quelle mesure les sanctions administratives relèvent de la notion de police administrative, puisqu'aussi bien certaines d'entre elles au moins semblent instituées et prononcées sur la base des « pouvoirs de police » reconnus aux autorités susceptibles de les édicter¹. Pour des raisons

¹ V. T.A. Clermont-Ferrand 11 avril 1958, *Chabaud*, A.J.D.A. 1958, p. 299 : « Considérant que s'il appartenait au maire de réglementer, en vertu de ses pouvoirs de police, les abattoirs communaux et, à cet effet, de prescrire les mesures qu'il estime indispensables pour en assurer le fonctionnement normal, la mise en œuvre de ce droit comporte nécessairement le pouvoir pour ce magistrat municipal, d'assortir les règles qu'il édicte des sanctions disciplinaires appropriées à l'encontre des contrevenants éventuels ; que s'agissant de l'organisation d'un service municipal réservé à une catégorie déterminée d'usagers, la création de ces sanctions, dont aucune disposition légale n'interdit le principe, qui (...) peuvent seuls [donner] aux prescriptions du règlement toute leur efficacité, en apparaît comme le complément nécessaire » ; dans le même sens et relativement aux abattoirs, V. C.E. 5 juillet 1967, *Faillite Paret et sieur Madonna*, Gaz. Pal. 1968, 2, 47 ; Rec. T., p. 719 ; la référence faite dans cette jurisprudence au service public atteste l'influence réciproque des problèmes de distinction entre police et sanction, réglementation de police et réglementation de service public, sanction administrative et sanction disciplinaire ; la légalité de la sanction semble elle-même étroitement déterminée par le type de pouvoir auquel elle se rattache ; nous ne pouvons ici qu'indiquer l'interdépendance de ces problèmes ; pour d'autres exemples de sanctions édictées sur la base de pouvoirs de police, V. par exemple, T.A. Paris 25 mars 1964, *Doize c. Ministre des Travaux publics et préfet de police*, A.J.D.A. 1965, p. 363, obs. J.M. ; C.E. 11 mai 1965, *Maareck*, Rec., p. 293 (retrait de permis de conduire) ; — 22 mars 1963, *Delle Lorée*, Rec., p. 193 ; R.D.P. 1963, p. 815 (interdiction d'accès dans un établissement hospitalier prise par le préfet de police « dans l'exercice de son pouvoir général de police » à l'encontre d'un secrétaire d'un groupement professionnel de médecins établi dans ces locaux, pour le motif que l'intéressée s'était livrée à des actes de propagande politique) ; V. aussi, C.E. 6 mars 1970, *Ministre de l'Intérieur c.*

plus ou moins circonstanciées, maints auteurs apportent une réponse positive à cette question². Mais il n'y a pas lieu, pour l'instant, de se prononcer sur ce point : si l'on veut en effet spécifier de la façon la plus étroite possible la notion de police administrative au sein de l'ensemble des activités administratives, il faut d'abord, au contraire, chercher à en déterminer les limites par rapport aux autres notions que l'opinion commune lui oppose. Or, pour l'opinion commune (ainsi d'ailleurs — paradoxalement — que pour les auteurs qui prétendent faire relever les sanctions administratives de la notion de police), les deux catégories doivent être distinguées. C'est là le second problème que soulève cette confrontation et que nous voulons ici résoudre.

2. Pour trouver le critère de cette distinction, la logique imposerait de partir des définitions de chacune des deux notions. Mais, bien entendu, à ce stade de la recherche, on ne peut tenir pour acquise que la seule définition de la sanction administrative. En outre, celle-ci n'apparaît pas véritablement satisfaisante car il y a en fait plusieurs définitions de cette notion (A). Une autre méthode consisterait, à partir des effets de régime qui, en droit positif, sont attachés à la présence de l'une ou l'autre notion, à chercher la caractéristique commune des actes auxquels s'applique chacun des deux régimes afin d'en inférer, d'une part, les définitions de la notion de police et de la notion de sanction et, d'autre part, leur critère de distinction. Mais cette deuxième méthode présente elle aussi de sérieux obstacles (B). Malgré cela, ce sont les enseignements qu'elle comporte qui permettront de formuler l'hypothèse de cette recherche (C).

A. LES DÉFINITIONS DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE

180. — Pour M. Munch, « on appelle sanction administrative toute décision exécutoire prise comme sanction prononcée par un administrateur actif contre toute personne qui n'est pas soumise à son pouvoir disciplinaire et réprimant soit un fait précis prévu par les textes, soit un comportement général jugé contraire à l'intérêt

Sydein et Desonneville, Rec., p. 170; R.D.P. 1970, p. 1042, note WALINE; D. 1970, p. 650, note DUTHEIL de la ROCHE; A.J.D.A. 1970, p. 564, note PEISER (retrait d'agrément prononcé par le Ministre de l'Intérieur sur la base de ses pouvoirs de police des jeux pour sanctionner une grève de croupiers).

- 2 G. BURDEAU, *Libertés publiques*, p. 41; J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 35; F.P. BENOIT, *Droit Administratif*, § 1354; C.A. COLLIARD, *La sanction administrative*, Annales de la Faculté de Droit d'Aix 1943, n° 36, p. 45; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Préf. O. DUPEYROUX, L.G.D.J. 1968, coll. Bib. Dr. Pub., T. 79, p. 392, § 396; P. BON, *op. cit.*, p. 312 et s. Pour d'autres auteurs, comme J. MOURGEON, c'est au contraire la notion d'acte de police individuel qui, à raison de son caractère répressif, doit se fonder, comme les sanctions, dans la notion de répression administrative (voir son ouvrage : *La répression administrative*, Préf. O. DUPEYROUX, L.G.D.J. 1967, coll. Bib. Dr. Pub., T. 75, p. 65, § 50 et note 118).

public»³. Aux yeux de M. Colliard, la sanction « est essentiellement un acte administratif à portée individuelle, employé pour une fin répressive »⁴. De façon plus détaillée, M. Mourgeon écrit : « Est une sanction administrative et manifeste une répression administrative toute mesure individuelle émanant d'une autorité administrative juridictionnelle ou active, qui, par ses circonstances et indépendamment de la qualification qui lui est donnée par la loi, manifeste une intention de punir une personne considérée comme coupable pour s'être comportée d'une façon incompatible avec les exigences d'une mission poursuivie par une institution administrative »⁵.

Les incertitudes que provoquent les divergences de ces définitions conduisent à douter qu'elles soient toutes exactes ; bien plus, elles nous obligent à découvrir un autre point de départ, *a priori*

- 3 *La sanction administrative*, Thèse Paris 1947 (dactyl.), p. 49. On note que l'auteur intègre des éléments du régime des sanctions au sein de leur définition puisqu'il fait implicitement référence au principe « Nullum crimen sine lege » dont la majorité actuelle des auteurs s'accorde à dire qu'il ne s'applique qu'avec certaines nuances au droit des sanctions administratives.

- 4 *Op. cit.*, p. 4 ; pour la distinguer de la sanction pénale, l'auteur précise qu'« elle est le moyen d'une répression spéciale alors que la répression pénale constitue le régime répressif de droit commun » (*op. cit.*, p. 5) ; pour déterminer ses rapports avec la sanction disciplinaire, il indique : « C'est d'elle [la sanction disciplinaire] que la sanction administrative se rapproche le plus. L'identité n'est toutefois pas complète, les deux sanctions apparaissent tout à tour comme les cas particuliers l'une de l'autre... ». M. MUNCH critique l'élément finaliste de la définition de la sanction administrative donnée par M. COLLIARD ; ce dernier exclut des sanctions les mesures à but réparateur, notamment les sanctions contractuelles, tandis que le premier les y inclut (V. sa thèse précitée, p. 11 et 122 et s. notam.) ; pour d'autres raisons, M. MOURGEON adopte à l'égard des sanctions contractuelles le même point de vue que M. MUNCH (*op. cit.*, p. 169 et s., § 120).

- 5 *Op. cit.*, p. 129, § 94. On remarque que l'auteur, contrairement à M. MUNCH, intègre dans cette définition la répression administrative juridictionnelle, dont font partie, à son sens, la contravention de grande voirie (*eod. loc.*, p. 172, § 121) et les actes juridictionnels de répression des ordres professionnels (*eod. loc.*, p. 104, § 83 ; p. 179, § 125) ; contrairement à M. MUNCH (*op. cit.*, p. 33), à M. DURAND-PRINBORNE (*J.-Cl. A.*, Fasc. 202, éd. 8, 1966), à M.J. GEORGEL (*J.-Cl. A.*, Fasc. 202, éd. 11, 1975, n° 21), l'auteur assimile complètement « sanction disciplinaire » et « sanction administrative », car, pour lui, une institution administrative est toujours une « institution secondaire » comportant une fonction disciplinaire (*op. cit.*, p. 21 et s.). Le Professeur DRAGO émet une autre opinion : « La sanction administrative manifeste l'extension d'un pouvoir disciplinaire confié à l'Administration (...) on a montré depuis longtemps que le pouvoir disciplinaire pouvait exister en dehors de la fonction publique (A. LEGAL et J. BRËTHE de la GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, p. 119) (...) on peut en effet considérer (...) qu'à côté de l'ordre juridique de la fonction publique peuvent être délimités, à certains moments, des ordres juridiques partiels (...) le droit disciplinaire est "le droit pénal des institutions secondaires" (LEGAL et BRËTHE de la GRESSAYE, *op. cit.*, p. 169) ». V. aussi J. du BOIS de GAUDUSSON, *L'usage du service public*, L.G.D.J. 1974, coll. Bib. Dr. Pub., Préf. J.M. AUBY, p. 254. *Contra* : G. MORANGE, *Le principe des droits de la défense devant l'Administration active*, D. 1956, Chronique XXIII, notam. p. 125.

plus objectif : les effets qui, en droit positif, s'attachent à la distinction des deux notions.

B. LES EFFETS DE LA DISTINCTION ENTRE SANCTION ET POLICE

181. — Deux conséquences principales s'attachent à la présence de l'une ou de l'autre notion⁶ : lorsque le juge estime qu'il s'agit d'une sanction, il impose normalement à l'administrateur qui la prononce de s'appuyer sur un texte l'instituant en tant que telle ; autrement dit, il lui impose de respecter le principe « Nulla poena sine lege »⁷ ; au contraire, le principe de légalité⁸ n'exige pas qu'une

- 6 Pour les autres éléments du régime des sanctions administratives, V. J. MOURGEON, *op. cit.*
- 7 V. notamment, C.E. 2 juin 1911, *de Pressensé*, R.D.P. 1911, note JEZE (illégalité de la création par le préfet de police, sur la seule base de ses pouvoirs de police, d'un « tribunal » prononçant des sanctions contre les prostituées) ; — 4 décembre 1946, *Courtois-Suffit*, Rec., p. 291 (réquisition prononcée à titre de sanction sans qu'aucun texte ne le permette : illégalité) ; — 23 juillet 1947, *Masse Bœuf*, Rec., p. 549 ; Cass. crim. 29 janvier 1947, *Sutrat-Cassel*, D. 1958, som. 33 (fermeture d'une maison de tolérance) ; C.E. 8 juillet 1949, *Gandoulin*, Rec., p. 336 (confiscation) ; — 23 novembre 1949, *Meyer*, Rec., p. 502 (illégalité de l'internement administratif prononcé sans texte à titre de sanction) ; — 2 février 1951, *Porte*, Rec., p. 59 (avertissement contre un agent public) ; — 9 décembre 1955, *Bressoles*, Rec., p. 583 (fermeture d'une boucherie par le préfet prononcée à titre de sanction : illégalité en l'absence de texte) ; — 14 février 1951, *Fédération nationale des utilisateurs et transformateurs de lait* (amende en matière économique) ; — 1^{er} avril 1955, *Harrach* (retenue de cautionnement instituée par le seul office des changes : illégalité) ; — 7 mai 1952, *Arroua*, Rec., p. 92 (fermeture d'un cinéma pendant huit jours, « à titre d'avertissement », sanction qu'aucune loi n'avait prévue) ; — 4 décembre 1959, *Consorts Meyer*, A.J.D.A. 1960, II, p. 259 (le décret du 17 mars 1956 relatif au maintien de l'ordre en Algérie ne permettait pas de créer des sanctions) ; — 30 septembre 1960, *Jauffret*, R.D.P. 1961, p. 828 et s., note WALINE (la fermeture d'une maison de tolérance par le préfet n'est légale, en l'absence de texte, que si elle intervient en tant que mesure de police) ; — 10 janvier 1962, *Riveccio*, Rec., p. 15 (illégalité d'une fermeture de cinéma à titre de sanction sans que le préfet l'ayant prononcée ait pu se fonder sur un texte). — V. aussi, note M. WALINE sous C.E. 5 janvier 1966, *Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, R.D.P. 1966, p. 1133 ; note J.M. AUBY sous C.E. 25 juillet 1975, *Ministre de l'Équipement c. Richoux*, R.D.P. 1976, p. 355 ; Rec. p. 429 ; et note Fr. MODERNE sous le même arrêt, *Droit Social* 1976, p. 457 et s. ; T.A. Amiens, 30 décembre 1980, *Hibon*, Rec., p. 560 ; concl. A. BACQUET sur C.E. Ass. 16 janvier 1981, *Société varoise de transports*, A.J.D.A. 1981, p. 599 ; V. aussi J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 1254.

Au contraire, il semble que le juge accepte de considérer certaines sanctions comme légales même si le texte applicable ne permet pas de les qualifier comme telles, dès lors que ces sanctions résultent du retrait ou plutôt de l'abrogation d'actes antérieurement accordés par l'administration. V. par ex. : C.E. 6 mars 1970, *Ministre de l'Intérieur c. Sydein et Dessonneville*, précité.

- 8 Le principe de légalité, s'il était strictement et formellement entendu, exigerait, pour les sanctions, non seulement le respect du principe « Nulla poena sine lege » (qui veut que le texte prévoyant la mesure la qualifie en tant que sanction) mais aussi celui du principe « Nullum crimen sine lege » (qui veut que les faits susceptibles de provoquer une sanction soient

mesure de police repose toujours sur une base légale expresse ? En second lieu, l'édition d'une sanction administrative doit toujours être précédée d'une procédure contradictoire même si aucun texte ne le prescrit¹⁰, tandis que cette procédure ne s'impose nullement en matière de police, sauf texte contraire¹¹.

Mais on ne saurait tenter de dégager le critère de distinction entre sanction et police à partir des listes de cas pour lesquels ces deux règles s'appliquent ou ne s'appliquent pas : il n'est pas certain en effet que le principe « Nulla poena sine lege » soit strictement respecté par toutes les sanctions administratives (1°) ; en outre, les sanctions ne sont pas seules à devoir, même sans texte, être précédées de la procédure contradictoire (2°).

1° Les conditions d'application du principe « Nulla poena sine lege »

182. — 1. Deux incertitudes, étroitement confondues, entourent les conditions dans lesquelles est appliqué le principe « Nulla poena sine lege » : — d'une part, ce principe est susceptible de recouvrir trois exigences différentes : les mots « sine lege » peuvent d'abord s'entendre au sens formel, ce qui impliquerait la nécessité d'une

incriminés par un texte en tant qu'infraction). Or, en général, le respect du principe « Nullum crimen... » n'est pas exigé par le juge. (V. J. MOURGEON, *op. cit.*, § 87 et s., 93, 145, 172 et s., 216 et s., 243, 291 et s. et 341).

- 9 V. *supra*, Chapitre « Police administrative et réglementation », Section I, § 1, B, n° 108.
- 10 V. Ch. HEN, *Le principe général des droits de la défense dans la jurisprudence administrative*, Thèse Université des Sciences sociales de Toulouse 1974 (576 p.) (l'auteur adopte une conception très large de cette notion, V. p. 271 et s.). B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey 1954 (1 vol.), qui relève un arrêt du Conseil d'Etat du 19 juin 1903, *Ledochowski* (S. 1905, III, p. 154) semblant consacrer la règle en tant que principe général du droit ; V. aussi C.E. 17 janvier 1930, *Ribeyrolles*, Rec., p. 76 ; D.H. 1930, p. 120 (pour le retrait d'une bourse d'études) ; — 8 mai 1944, *Trompier-Gravier*, Rec., p. 133 ; D. 1945, p. 110, concl. Chenot, note de Soro ; R.D.P. 1944, p. 256, concl. Chenot, note JEZE ; G.A. p. 272 ; — 28 mars 1945, *Escabas*, Gaz. Pal. 1945, I, 126, concl. Detton ; — 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec., p. 213 ; S. 1946, III, p. 1, concl. Odent ; D. 1946, p. 158, note G. MORANGE ; Et. et Doc. C.E. 1947, p. 48, concl. Odent ; LETOURNEUR, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, E.D.C.E. 1951, p. 19 et s. ; R. ODENT, *Les droits de la défense*, E.D.C.E. 1953, p. 55 et *De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas*, E.D.C.E. 1962, p. 43 et s. ; G. MORANGE, article précité D. 1956, p. 121 et s. ; G. ISAAC, *op. cit.*, p. 386 et s. ; GANSHOF VAN DER MEERSH, *Les droits de la défense, principe général du droit*, Mélanges DABIN 1963, T. II, p. 69 et s. ; M. STASSINOPOULOS, *Le droit de la défense devant les autorités administratives actives*, dépôt L.G.D.J. 1976 ; J.M. AUBY et R. DRAGO, § 1134.
- 11 V. par exemple pour les expulsions d'étrangers, actes de police : C.E. sect. 11 décembre 1970, *Delle Benz c. Ministre de l'Intérieur*, Rec., p. 763. Adde : le D. 28 nov. 1983, art. 8, imposé désormais d'une façon générale, sous certaines réserves, le respect de cette procédure pour les décisions devant être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979, qui intéresse notamment les mesures de police.

véritable loi¹²; ils peuvent, en second lieu, se comprendre au sens général, auquel cas tout texte qui serait situé dans la hiérarchie des normes au-dessus de ceux pouvant normalement être pris par l'autorité qui édicte la sanction suffirait à la fonder légalement¹³; en troisième lieu, mais de façon encore moins rigoureuse, le principe pourrait signifier que la sanction est valablement instituée par l'autorité même qui la prononce, à condition qu'elle soit cependant prévue par un règlement préalable à la décision individuelle¹⁴; — d'autre part, on ne saurait assurer sans aucune espèce de doute que les mesures prévues par un texte ou pour lesquelles un texte est exigé (ou au contraire ne l'est pas) soient toujours des sanctions (ou des mesures de police)¹⁵.

12 C'est selon cette acception que le Conseil d'Etat a entendu le principe dans un certain nombre des arrêts précités : V. par exemple : 23 novembre 1949, *Meyer*; — 7 mai 1952, *Arroua*; — 10 janvier 1962, *Riveccio*; V. aussi C.E. 19 novembre 1958, *Impoinard*, Rec., p. 563; — 10 décembre 1958, *Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, Rec., p. 633; un décret retirant le droit aux allocations familiales en cas de défaut d'assiduité scolaire des enfants est illégal; il est vrai que la nécessité d'une loi peut résulter, indépendamment de la qualité de ce retrait, de ce que la loi instituant le droit aux allocations familiales, n'avait pas, — c'est du moins ce que l'on croyait —, subordonné leur versement à cette condition supplémentaire de l'assiduité scolaire des enfants.

13 Dans ces arrêts, le Conseil d'Etat ne précise pas la nature du texte exigé mais semble indiquer qu'il doit se situer, dans la hiérarchie des normes, au-dessus de ceux que peut édicter l'autorité qui prononce la sanction : C.E. 4 décembre 1946, *Courtois-Suffit*, précité (la sanction doit résulter d'une « disposition »); — 20 janvier 1911, *Pichon*, S. 1911, III, p. 49, concl. Pichat, note HAURIU (l'arrêt évoque les « textes applicables » en matière de sanction contre les usagers du service public de l'enseignement); C.E. Ass. 30 mars 1962, *Berteaux*, Rec., p. 237; C.E. 29 juin 1960, *Ministre de l'éducation nationale c. Becker*, A.J.D.A. 1961, p. 45; — 2 juillet 1958, *Fédération nationale des syndicats d'utilisation et de transformation du lait*, Rec., p. 407 (mais la portée de cet arrêt quant à l'exigibilité d'un texte en matière répressive est discutable : voir J. GEORGEL, *L'agrément administratif*, A.J.D.A. 1962, p. 467 et s.; not. p. 480; J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 187; J.M. AUBY, note précitée sous l'arrêt *Richoux*, R.D.P. 1976, p. 362; note Fr. MODERNE sous le même arrêt, *Droit Social* 1976, p. 462).

14 C'est ce qui semble résulter des décisions suivantes : T.A. Clermont-Ferrand 11 avril 1958, *Chabaud*, A.J.D.A. 1958, p. 299; C.E. 5 juillet 1967, *Faillite Paret et sieur Madonna*, Gaz. Pal. 1968, 2, 47; Rec. T., p. 719; — 22 mars 1963, *Delle Lorée*, Rec., p. 193; R.D.P. 1963, p. 815; C.E. sect. 26 février 1971, *Roze*, Rec., p. 61; Rev. trim. Dr. Sanit. et Soc. 1972, p. 61, note MODERNE (V. *supra*, note 1), la nécessité du règlement préalable ne semblant même pas certaine, lorsqu'il s'agit d'un retrait d'autorisation délivrée sur la base d'un « pouvoir général de police » et constituant une sanction.

15 En effet, le désaccord à propos de l'exigence d'un texte repose souvent sur un désaccord quant à la qualification de la mesure. V. l'arrêt C.E. 2 juillet 1958, *Fédération... du lait*, précité, et les interprétations divergentes qui ont été données par les auteurs cités ci-dessus à la note 13. V. aussi sur cette question, A. DEMICHEL, *op. cit.*, p. 231; pour M. MOREAU (obs. sous C.E. 13 juillet 1963, *Ville d'Alès*, A.J.D.A. 1963, p. 707) le retrait d'autorisation d'occuper un emplacement sur le marché municipal serait une « sanction » dans le cas de l'arrêt *Crouzat* (C.E. 27 mars 1931, Rec., p. 386) (auquel cas la légalité de la sanction reposerait sur le seul pouvoir reconnu implicitement aux autorités délivrant une autorisation, de la retirer dans certains cas); mais l'auteur semble accepter la qualification de mesure de police qui est accordée à ce même type de retrait dans l'arrêt *Ville*

2. Par ailleurs, lorsque ce sont effectivement des sanctions, il reste quelquefois difficile de préciser à quel type — « administratif » ou « disciplinaire » — elles appartiennent, alors que cette distinction, bien qu'elle soit niée par certains, semble en porter l'application d'un régime juridique différent quant au fondement textuel de la mesure. Pendant longtemps, en effet, et malgré quelques exceptions, on a considéré que les sanctions « disciplinaires », c'est-à-dire celles frappant les membres d'un service public (agent ou usager), pouvaient être créées par un texte réglementaire¹⁶. Cette règle impliquait même, dans certaines hypothèses, que l'autorité réglementaire prononçant la sanction pouvait l'avoir instituée elle-même, au moins lorsque son destinataire était un usager d'un service public. Mais, circonstance très remarquable, ceci semble encore vrai pour les sanctions instituées et prononcées au titre d'un « pouvoir de police » exercé au sein d'un service public, de sorte que l'on ne peut distinguer s'il s'agit d'une « sanction administrative » ou, plus précisément, d'une « sanction disciplinaire » prononcée contre un usager¹⁷. Avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, la jurisprudence avait même admis, dans certaines matières au moins, que des sanctions « administratives » et non « disciplinaires » avaient pu légalement être créées sur le fondement d'un pouvoir réglementaire autonome¹⁸. Il est vrai qu'il s'agissait de retraits d'autorisations antérieurement accordées au titre d'un pouvoir de police, retraits dont la double nature, policière ou sanctionnatrice selon les cas, n'a pas, pendant longtemps, été très bien décelée¹⁹.

d'Alès, V. aussi dans le même sens C.E. 16 octobre 1981, *Ep. Mattenci*, Rec. T., p. 639; M. BON (*op. cit.*, p. 317 et s.) voit dans cette mesure une « mesure de police [qui] n'est pas exempte d'intentions punitives »; tandis que pour M. AUBY elle « constituait en fait une sanction administrative » (R.D.P. 1963, p. 1216) dont la légalité apparaîtrait par conséquent très douteuse. M. MOURGEON estime que l'arrêt *S.N.E.C.* du 20 décembre 1957 (S. 1958, p. 73, concl. Guldner), ratifie une sanction non prévue par la loi (*op. cit.*, p. 116).

16 M. du Bois de GAUDUSSON (*op. cit.*, p. 257) se prononce en ce cas en faveur de la compétence réglementaire, même depuis l'intervention de la Constitution de 1958; du moins en ce qui concerne les usagers du service public.

17 V. ci-dessus note 1; et les arrêts relatifs aux abattoirs et à la police des locaux hospitaliers ou des marchés dont les utilisateurs ne sont pas cependant, en ce dernier cas, usagers d'un service public (mais, il est vrai aussi, le juge qualifie ces dernières mesures d'actes de police...).

18 C.E. 8 août 1919, *Labonne*, Rec., p. 737; G.A. p. 156: « Que la faculté d'accorder ce certificat, remise par ledit décret à l'autorité administrative, comportait nécessairement, pour la même autorité, celle de retirer ledit certificat en cas de manquements graves aux dispositions réglementant la circulation »; (aujourd'hui le retrait du permis de conduire à titre de sanction est prévu par des dispositions législatives du Code de la route. V. l'art. L. 18); sur l'évolution de cette question, V. L. SEBAG, *L'évolution d'une sanction hybride: le retrait du permis de conduire*, D.S. 1975, Chron. p. 229 et J.M. AUBY, *Les sanctions administratives en matière de circulation automobile*, D. 1952, Chron. p. 111 et s.; V. aussi P. CIAMBES, *La police de la route et la circulation des automobiles*, Thèse Toulouse 1930, p. 13 et s., p. 73 et s.

19 V. A. DEMICHEL, *op. cit.*, p. 231 et s.; DUTHEILLET de LAMOTHE, *Rép. Dalloz*,

Pour toutes ces raisons, et malgré les précisions qu'un arrêt récent a fournies quant à la portée du principe « Nulla poena sine lege »²⁰, il serait bien périlleux de se fonder sur les espèces où cette règle semble appliquée ou non pour dégager le critère de la distinction entre sanction et police. Cette méthode supposerait résolu des problèmes que nous n'avons pas encore pu trancher : l'appartenance ou non de la notion de sanction à la catégorie générale de police, la distinction entre pouvoir de police et pouvoir de gestion ou d'organisation des services publics, la distinction corrélatrice entre sanction administrative et sanction disciplinaire, les implications exactes du principe de légalité en matière de police, ou encore l'existence ou l'inexistence de droits acquis au maintien de certaines mesures de police²¹.

Des obstacles analogues empêchent également de s'appuyer sur les cas d'application en droit positif de la procédure contradictoire.

2° Le champ d'application de la procédure contradictoire

183. — 1. Pour rechercher le critère de distinction entre sanction et police, la doctrine raisonne souvent comme si l'exigence ou la non-exigence par le juge du respect de la procédure contradictoire révélait la présence de l'une ou de l'autre notion selon le cas. Or un bref examen du droit positif atteste que la distinction des régimes applicables ne coïncide pas avec celle des notions.

D'une part, certaines mesures considérées comme non répressives sont soumises, même sans texte, à la procédure contradictoire ;

V° Sanctions administratives, n° 30 ; J. GEORGEL, *op. cit.*, J.-Cl. A., Fasc. 202 ; J.M. AUBY, note précitée à la R.D.P. 1976, p. 361.

20 C.E. 25 juillet 1975, *Ministre de l'Équipement c. Sieur Richoux*, précité, relatif à un retrait d'agrément en matière d'exploitation d'établissements d'enseignement de la conduite de véhicules à moteur ; « Considérant que, dans le cadre d'une réglementation professionnelle prévue par la loi, le Gouvernement a pu, comme il l'a fait pour l'article L. 247 du Code de la route, subordonner l'exploitation des établissements d'enseignement de la conduite automobile à un agrément préfectoral et renvoyer la définition des conditions techniques mises à l'octroi de l'agrément à un arrêté du Ministre de l'Intérieur et du Ministre de l'Équipement et du Logement ; que si l'exigence d'un agrément comporte nécessairement, pour l'autorité qui la donne, le pouvoir de la retirer lorsque le titulaire cesse de remplir les conditions mises à son octroi, les ministres signataires de l'arrêté (...) ne pouvaient légalement instituer un retrait prononcé en cas d'infraction aux dispositions qu'ils édictaient et qui présente ainsi le caractère d'une sanction professionnelle ». M. AUBY (R.D.P. 1976, p. 362) observe que, selon

21 Voir F. BATAILLER, *Les Beati possidentes du droit administratif (les actes administratifs créateurs de privilèges)*, R.D.P. 1965, p. 1051 et s. Cette question en effet conditionne en partie notre problème : s'il est vrai que certaines autorisations de police peuvent faire acquérir des droits à leur titulaire, le retrait de ce genre d'autorisation ne devrait pouvoir s'analyser que comme une sanction, puisque par hypothèse un acte de police ne pourrait pas les retirer après l'expiration du délai de recours contentieux (à moins qu'il s'agisse, non pas d'un retrait proprement dit comme on l'avance généralement et sans doute inexactement, mais d'une simple abrogation).

c'est le cas des mesures prises « en considération de la personne » lorsqu'elles interviennent dans l'ordre juridique des services publics²². Certes, ces mesures ne semblent pas en principe relever de la police ; mais on sait que certaines « polices » peuvent néanmoins régler les conditions de fonctionnement d'un service public ; et, d'ailleurs, un auteur au moins estime que si la procédure contradictoire a été imposée dans une espèce relative à une mesure édictée au titre d'un pouvoir de police exercé pour régler le fonctionnement d'un service public, ce n'est pas tant en raison du caractère répressif de cette mesure qu'en « eu égard [aux] motifs et à la gravité des conséquences » de cette mesure de police²³.

D'autre part, des mesures certainement répressives ou apparaissant même comme de « véritables sanctions » n'ont pas à être précédées de la procédure contradictoire car le juge n'y voit que des mesures de police²⁴ et²⁵.

2. Face à cette situation, on peut sans aucun doute pressentir que la distinction entre police et sanction « ne relève pas toujours

22 C.E. 24 juin 1949, *Nègre*, D. 1949, p. 570, concl. Guionin ; V. pour d'autres exemples, J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 469, note 201 ; V. aussi, note RUZIE sous C.E. 23 octobre 1964, *d'Orlando*, D. 1965, p. 9, concl. Michel Bernard ; R.D.P. 1965, p. 282 ; A.J.D.A. 1964, p. 684, chron. PUYASSET et PUISSECHET : il n'est d'ailleurs pas certain, en ce qui concerne ce dernier arrêt relatif à une mise en congé spécial d'un militaire pendant les événements d'Algérie, que seul l'ordre juridique du service public était en cause ; il semblerait bien plutôt que, dans cette espèce, l'ordre de l'État lui-même ait directement inspiré la mesure, ce qui l'apparenterait dès lors à un acte de police.

23 G. ISAAC, *op. cit.*, p. 393, § 396, à propos de l'arrêt C.E. 22 mars 1963, *Delle Lorée*, précité note 1. Adde : V. aussi *supra*, note II, à propos du D. 28 nov. 1983.

24 V. J.M. AUBY à propos de l'arrêt *Ville d'Alès* précité : note 15 (R.D.P. 1963, p. 1216) ; J. MOURGEON considère que nombre de mesures de police non précédées de la procédure contradictoire sont en réalité des sanctions (V. *op. cit.*, p. 154, § 112 et s., not. p. 162) ; dans le même sens, DUTHEILLER de LAMOTHE, V° Sanctions administratives, dans *Rép. Dalloz*, p. 841 ; AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. II, § 1134, p. 317, qui considèrent les mesures individuelles de police comme la manifestation d'un « pouvoir sanctionnateur » non soumis au respect de la procédure contradictoire.

De toutes façons, des mesures indiscutablement répressives, comme les « punitions » n'ont pas à être précédées de la procédure contradictoire dès lors que « ne faisant pas grief » au sens que la jurisprudence donne à cette expression, elle ne sont même pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir (V. J. MOURGEON, *op. cit.*, § 361).

En outre, pour de nombreux auteurs, l'application de la procédure contradictoire n'est pas seulement subordonnée à la qualité de sanction de la mesure, mais aussi à la gravité de cette sanction ; dans ce sens, V. notamment Chenot, concl. précitées sur l'arrêt *Trumpler-Gravier* ; ODENT, articles précités ; Ch. HEN, *op. cit.*, p. 299 et s.

25 Il faut en outre relever que certains auteurs considèrent que les mesures de police ne sont pas les seules à ne pas être précédées de la procédure contradictoire ; selon MM. AUBY et DRAGO, il y aurait en plus des mesures individuelles de police, les retraits des actes illégaux et les actes « manifestant l'exercice d'un choix discrétionnaire à propos [desquels] l'audition de l'intéressé n'aurait aucune incidence » (*op. cit.*, T. II, p. 317, § 1134). Cependant, ces deux types de mesures ne sont pas automatiquement exclusifs de la notion de police administrative.

du domaine de l'évidence »²⁶. Mais cette réflexion ne conteste pas, par elle-même, l'existence d'une différence conceptuelle entre sanction et police ; elle illustre simplement cette idée, exprimée par le Professeur Drago, que « la grande difficulté réside moins dans la définition de la sanction que dans la détermination de ses limites »²⁷.

Au contraire, l'opinion selon laquelle la distinction ne serait que « fonctionnelle » va beaucoup plus loin²⁸ : elle signifie que le juge ne qualifierait les mesures de sanctions ou d'actes de police que dans le seul but de leur appliquer le régime que l'on veut croire attaché à chaque notion. Si cela était vrai, ce n'est pas la nature de la mesure qui engendrerait l'application de tel ou tel régime ; c'est la volonté d'appliquer tel régime qui conduirait à modifier, selon les besoins, la qualification de la mesure. En ce cas, il serait tout à fait vain de se fonder sur les espèces où le régime de l'une ou de l'autre notion est appliqué pour essayer de déceler, dans la nature de la mesure considérée, le critère de distinction ; ce critère serait purement téléologique, voire arbitraire²⁹.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible de retenir *a priori* une telle opinion. En effet, admettre dès l'abord qu'elle soit exacte supposerait en même temps et nécessairement de nier sur ce point l'existence de tout droit et aussi la possibilité de toute science du droit. C'est pourtant cette opinion qui nous suggère une hypothèse de recherche.

C. L'HYPOTHESE DE LA RECHERCHE

184. — Il ne faut pas immédiatement céder aux réactions de dépit de ce genre que suscite une jurisprudence trop subtile. Au contraire, il convient de faire *a priori* crédit au juge que, sous l'arbitraire apparent de ses décisions, doit se cacher une logique qui en définitive les explique, même si, en fait, il les justifie mal dans les dispositifs de ses arrêts.

Dans un premier temps, le pari doit donc être fait — parce qu'il est juridiquement et scientifiquement nécessaire — que les cas où les droits de la défense doivent être respectés et ceux où ils n'ont pas à l'être obéissent à des constantes. Mais, devant l'impossibilité probable de dégager en droit positif un critère cohérent de la sanction³⁰, il faut bien admettre dans un second temps que l'appli-

²⁶ Braibant, concl. sur C.E. 8 janvier 1960, *Rohmer et Faist* (2 arrêts), R.D.P. 1960, p. 334.

²⁷ Note sous C.E. Ass. 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, D.S. 1956, p. 395.

²⁸ Note D. LOSCHAK sous C.E. Ass. 21 juillet 1970, *Boussel et Krivine* (2 arrêts), J.C.P. 1971, II, 16672.

²⁹ V. en ce sens, J. GEORGEL, *J.-Cl. A.*, Fasc. 202, n° 38 et P. BON, *op. cit.*, p. 316.

³⁰ « La jurisprudence ne permet pas de définir ce qu'on entend par « sanction » ni quelle est la « nature » de la mesure qui oblige l'administration à communiquer ses griefs à l'intéressé » (AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. II, p. 314) ; V.

cation de son régime ne dépend pas, quoi qu'en laisse penser la rédaction des arrêts, de la présence de cette notion, mais d'autres considérations que le juge ne veut pas expressément indiquer car il n'en tire pas toujours les conséquences.

Or, précisément, une notion ne devient fonctionnelle que dans certaines conditions ; elle le devient notamment à partir du moment où le juge est contraint d'en forcer les limites parce qu'il continue à faire dépendre l'application d'une règle de la présence de cette notion, alors que le fondement réel de cette règle a changé sans que le juge s'en avise ou l'accepte expressément.

Par conséquent, c'est la croyance selon laquelle la présence de telle des deux notions de sanction ou de police entraîne ou non, selon le cas, le respect de la procédure contradictoire qui expliquerait l'échec de leurs critères de distinction habituellement proposés ; et c'est le refus du juge d'accepter pleinement le changement de fondement qu'aurait subi le principe de la procédure contradictoire qui permettrait de rendre compte des aberrations de cette distinction police-sanction en droit positif.

Section I : Rejet des critères de distinction entre police et sanction.

Section II : Explication critique de la distinction entre police et sanction en droit positif.

aussi Ch. HEN, *op. cit.*, p. 340 : « (...) la distinction entre les mesures de police et les sanctions est pratiquement impossible à faire (...) » ; dans le même sens, M. WALINE, *Le principe audi alteram partem*, dans Livre Jubilaire du Conseil d'Etat luxembourgeois 1957, p. 49, et s., qui estime ne pouvoir dresser qu'une liste des cas dans lesquels la procédure contradictoire s'applique ; cette méthode est reprise par M. STASSINOPOULOS (*op. cit.*, p. 100 et s.) et en partie par MM. AUBY et DRAGO.

SECTION I

REJET DES CRITÈRES DE DISTINCTION
ENTRE POLICE ET SANCTION

Exception faite de quelques critères dont l'intérêt est négligeable³¹, la doctrine en propose habituellement quatre : le critère du régime juridique (§ 1), le critère des motifs (§ 2), le critère du caractère préventif ou répressif de la mesure (§ 3) et le critère finaliste (§ 4). Aucun n'apparaît véritablement satisfaisant.

§ 1. LE CRITÈRE DU RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE

185. — 1. Selon M. P. Weil, seraient des sanctions les mesures auxquelles le juge applique le régime juridique qui leur est propre ; n'en seraient pas celles auxquelles le juge ne l'applique pas³².

Cette opinion aggrave, à notre sens, celle selon laquelle le critère serait purement fonctionnel : en effet, dans l'hypothèse où le critère serait purement fonctionnel, il y aurait bien une différence conceptuelle entre les deux notions ; leurs limites respectives seraient simplement déplacées par le juge, et ceci de façon arbitraire, afin de soumettre au régime des sanctions certaines mesures qui, normalement — c'est-à-dire au regard de cette différence conceptuelle —, devraient y échapper (et vice versa) ; au contraire, dans l'hypothèse du critère tiré du régime juridique applicable, il n'y aurait même plus de différence conceptuelle entre sanction et police et, par conséquent, plus de limites naturelles à forcer : la différence ne porterait que sur le régime juridique appliqué ; les deux notions n'auraient de consistance que strictement technique.

2. Il est clair que ce critère n'a été formulé que dans une intention critique à l'égard de la jurisprudence. Mais il n'est pas exclu que d'autres auteurs aient songé à y recourir dans un but opérationnel. Il convient donc, à nouveau, d'indiquer les raisons pour lesquelles ce genre de critère ne présente aucune valeur.

Comme tous les critères de régime, il n'est utilisable que lorsque le juge a déjà statué ; c'est dire qu'il n'a pas de valeur opératoire lorsque l'on cherche justement à savoir quel régime devra s'appliquer à telle mesure. En outre, on l'a vu, il est inexact dès lors que le régime des sanctions ne s'applique pas qu'aux sanctions propre-

ment dites³³. Il est vrai cependant que le reproche d'inexactitude ne vaut que dans la mesure où la notion de sanction jouit effectivement d'une réalité conceptuelle distincte de celle de mesure individuelle de police, hypothèse précisément niée par l'affirmation que ces notions sont seulement techniques...³⁴.

Au contraire, la proposition du critère tiré des motifs de la mesure suppose, au moins à première vue, qu'une réelle différence conceptuelle existe entre les deux notions, supposition que nous avons voulu retenir pour cette première section.

§ 2. LE CRITÈRE TIRÉ DES MOTIFS DE LA MESURE

186. — La mesure serait une sanction lorsqu'elle intervient motif pris d'une infraction à des dispositions légales ou réglementaires commise par son destinataire, tandis qu'elle serait un acte de police si elle se fonde sur le motif que l'activité ou la personne qu'elle frappe portait atteinte à l'ordre public.

Bien que des arrêts puissent être invoqués pour affirmer la valeur de ce critère³⁵ il n'apparaît pas possible de le retenir : d'une part, ses inconvénients s'apparentent à ceux d'un critère tiré du

³³ V. ci-dessus l'Introduction de ce Chapitre, n° 181 et s.

³⁴ C'est pourquoi, dans l'hypothèse où ce critère, quoique non opératoire, serait exact (ce qui est déjà une contradiction), l'affirmation du caractère purement technique des notions de sanction et de police comporterait une critique très grave à l'encontre de la jurisprudence administrative : elle impliquerait que la spécificité du régime des sanctions ne repose sur aucune spécificité conceptuelle de la notion de sanction ; ce ne serait donc pas, de la part du juge, un arbitraire seulement occasionnel — comme dans le cas de la notion fonctionnelle —, mais un arbitraire total, constant et général en la matière.

³⁵ V. par exemple : C.E. 11 décembre 1946, Dames Hubert et Crepelle, Rec., p. 300 (« Considérant que par l'arrêté attaqué (...) le préfet a prononcé la fermeture de l'établissement tenu par les dames H. et C. pour le motif que, dans les conditions où il était exploité, cet établissement constituait un danger pour la salubrité, la moralité et la sécurité publiques (...) ; Considérant que l'arrêté attaqué a présenté le caractère d'une mesure de police édictée afin de préserver l'ordre, la santé et la moralité publiques ») ; on voit donc que le critère des motifs est très proche du critère finaliste ; — 20 juin 1947, Garnard, Rec., p. 276 (« le retrait de l'autorisation d'exercer l'activité d'exploitant de spectacles cinématographiques » a eu pour motif une infraction à la réglementation professionnelle dont le requérant se serait rendu coupable (...) Considérant qu'en égard au caractère que présentait dans ces circonstances le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction... »), on note donc, que, d'après la rédaction de ce considérant, pour que les droits de la défense soient applicables, il faut non seulement une sanction mais une sanction assez grave ; — 6 mai 1949, Durieux, Rec., p. 207 (le retrait d'agrément « motivé par les fautes dont le requérant se serait rendu coupable » constitue une sanction) ; — 5 mai 1950, Vérot, Rec., p. 263 (double nature d'un retrait d'agrément : la disposition textuelle applicable à l'espèce donnait au ministre « le pouvoir (...) non seulement de réprimer les fautes professionnelles des experts agréés mais encore de retirer l'agrément toutes les fois que cette mesure est exigée par la sauvegarde des intérêts dont la défense lui est confiée ; en l'espèce, sanction administrative) ; — 20 février 1950, Cozio-Savoure, Rec., p. 87 (« Considérant

³¹ V. J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 124, § 91.

³² Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : *politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique*, article cité, p. 285.

régime applicable (A); d'autre part, il peut se révéler quelque peu spécieux (B).

A. LE CRITÈRE DES MOTIFS PEUT SE RÉVÉLER INOPÉRANT

187. — M. Mourgeon a fort bien expliqué que « le problème de l'identification du caractère répressif doit être résolu abstraction faite des motifs (...), sans quoi toute contestation relative à la légalité de fond de la mesure en cause devient impossible. En effet, dire qu'il n'y a sanction que lorsqu'il y a mesure procédant d'une infraction, c'est interdire de prétendre qu'il y a des cas de sanction sans infraction antérieure, donc de sanction illégale au fond. Autrement dit chaque fois qu'est en cause la conformité d'une mesure à ses motifs, la question ne peut être tranchée que si l'on commence à identifier le caractère de la mesure pour seulement ensuite, rechercher si elle repose sur des motifs justifiant le prononcé d'une mesure ayant ce caractère. En d'autres termes, le critère tiré des motifs de la mesure ne peut être utilisé qu'*a posteriori*, une fois tranchée la question de la conformité légale de la mesure à ses motifs. Il est donc inutilisable *a priori* dans tout litige où il n'est pas encore répondu à cette question »³⁶.

Une raison supplémentaire interdit d'accepter ce critère.

B. LE CRITÈRE DES MOTIFS PEUT SE RÉVÉLER SPÉCIEUX

18. — Ce second défaut tient à ce que la notion d'infraction administrative est elle-même assez mal définie : une définition hâtive de cette notion consisterait à dire que l'infraction résulte de la violation de dispositions textuelles imposant une obligation.

que le retrait de l'autorisation précédemment accordée n'a eu pour motif aucun fait personnel à la requérante...); — 19 juin 1959, *Ministre de la Santé c. Prat-Flottes*, Rec., p. 361; A.J.D.A. 1960, p. 95, concl. Mayras (« eu égard à la nature que présente une mesure de fermeture prise dans l'intérêt de la sauvegarde de la santé publique » : acte de police); V. aussi C.E. 8 janvier 1960, *Rohmer et Faist*, R.D.P. 1960, p. 333, concl. Braibant (on remarque cependant que ces deux arrêts ne font nullement référence explicite à la notion de sanction; ils se contentent de fonder directement l'application de la procédure contradictoire sur les « motifs et la gravité » de la mesure; c'est le cas d'ailleurs de nombreux arrêts : V. par exemple : C.E. 14 janvier 1955, *Caquant*, Rec., p. 27; — 19 mai 1976, *Ministre de la Santé publique et S.A. du Château de Neuvecelle*, R.D.P. 1976, p. 1384; d'autres arrêts font appel « aux motifs » et à la gravité des conséquences » de la mesure : C.E. 22 mars 1963, *Delle Lorée*, R.D.P. 1963, p. 815; d'autres s'appuient sur « la nature » et « la gravité des motifs », « ainsi qu'à la gravité de la mesure » : C.E. 4 mai 1962, *Dame Ruard*, Rec., p. 296; A.J.D.A. 1962, p. 420, chronique GALABERT et GENTOT). Pour des auteurs favorables au critère des motifs, V. A. de LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, T. I., p. 312, § 538; G. BRAIBANT, concl. précitées; M. WALINE, note sous C.E. 30 septembre 1960, *Jauffret*, R.D.P. 1961, p. 832; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, p. 317.

36 *Op cit.*, p. 125, n° 92.

En réalité, toute violation d'un texte n'est pas toujours considérée comme une infraction (1°) et toute infraction ne résulte pas toujours de la violation d'un texte (2°).

1° Toute violation d'un texte n'est pas toujours considérée comme une infraction

Dès lors qu'une réglementation — surtout s'il s'agit d'une réglementation de police — est censée protéger l'ordre public, toute violation des dispositions qu'elle contient entraîne nécessairement un trouble — ou un risque de trouble — plus ou moins grave à l'ordre public, même si par ailleurs cette violation est susceptible de constituer aussi une infraction.

Or l'autorité de police peut parfaitement, en tant que telle, c'est-à-dire pour remplir sa mission de police, vouloir prévenir ce risque ou vouloir mettre un terme à cette situation contraire à l'ordre public³⁷ indépendamment de toute intention répressive à l'encontre du responsable de cette situation. C'est la raison pour laquelle un retrait d'autorisation ou d'agrément pour non-respect des conditions imposées à sa délivrance ou à son maintien peut révéler, tantôt une sanction, tantôt une mesure de police, sans qu'il soit *a priori* possible de savoir si le non-respect de ces conditions est saisi en tant que trouble à l'ordre public ou en tant qu'infraction administrative³⁸.

37 L'autorité de police peut même être obligée de mettre un terme à certaines situations contraires à l'ordre public et, par conséquent, de retirer une autorisation antérieurement accordée, soit parce que son octroi était illégal, soit parce que son maintien est devenu irrégulier lorsque la situation contraire à l'ordre public n'a commencé qu'après l'octroi. V. par exemple, C.E. sect. 17 juillet 1953, *Constantin*, Rec., p. 381; C.E. 2 février 1957, *Dupé*, Rec., p. 77; — 9 novembre 1961, *Ville d'Agen*, Rec., p. 668; J.C.P. 1962, II, 12731, note M.T.; — 17 avril 1963, *Elois*, Rec., p. 223; J.C.P. 1963, II, 18227, note LUCE; D. 1963, p. 459, note ESMEIN; V. aussi concl. Gentot sur C.E. Ass. 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire c. Navarra*, Rec., p. 200. V. aussi, P. LIVER, *op. cit.*, p. 273 et s.

38 Cette incertitude est tellement vraie que le juge lui-même ne cherche pas toujours à qualifier la mesure, soit parce que les textes imposaient la procédure contradictoire, soit parce qu'en l'absence de toute disposition l'y obligeant, l'administration avait tout de même communiqué ses griefs à l'intéressé; c'est souvent dans ces hypothèses que le juge fonde directement l'applicabilité de la procédure contradictoire sur la « nature des motifs », leur « gravité », ou celle de la mesure, ou encore celle de leurs « conséquences », sans s'intéresser explicitement à la nature même de l'acte. L'hésitation est donc permise sur ce dernier point dans un certain nombre d'espèces : V. p. ex. C.E. 14 janvier 1955, *Caquant* (Rec., p. 27); C.E. sect. 7 janvier 1955, *Association « La chaumière des Pastourelles »* (Rec., p. 11); C.E. Sect. 19 juin 1959, *Prat-Flottes*, précité; C.E. 19 mai 1976, *Ministre de la Santé publique et S.A. du Château de Neuvecelle*, R.D.P. 1976, p. 1384).

Dans certaines espèces, ce sont des infractions à des textes qui motivent expressément des mesures de police d'interdiction : V. par ex. : C.E. 30 janvier 1948, *Ablon*, Rec., p. 52 : interdiction d'accès à un hippodrome prononcée pour le motif que l'intéressé avait été « pris en

Dans ces conditions, le motif tiré de la violation d'une disposition est insuffisant, à lui seul, pour déterminer la qualité de l'acte considéré.

Mais la situation inverse peut également se présenter.

2° Une infraction ne résulte pas toujours de la violation d'un texte

La majorité des auteurs s'accorde à penser que le principe « Nullum crimen sine lege » « ne s'applique pas rigoureusement » à la répression administrative³⁹, en ce sens que « des sanctions administratives peuvent être mises en jeu en cas d'infractions dont la qualification entre dans les attributions de l'autorité investie du pouvoir de décision »⁴⁰. Par conséquent, une infraction peut être réalisée sans qu'aucun texte antérieur précis n'ait été violé : dès lors, comment reconnaître qu'un fait, non incriminé très précisément par les textes, est constitutif d'infraction ou simplement d'un trouble

flagrant délit de réception de paris clandestins » ; C.E. sect. 2 novembre 1956, *Sté coopérative laitière de Hermes*, Rec., p. 402 : l'interdiction totale à la vente d'un lait non conforme aux normes bactériologiques exigées par les textes est une mesure de police. Ici, l'irrégularité de l'activité est tellement grave qu'elle ne constitue même plus une infraction administrative mais un trouble à l'ordre public auquel il faut en tout état de cause mettre fin sans même avoir à respecter les limites de ce pouvoir et les procédures prescrites par les textes.

Dans d'autres espèces, le motif de la mesure peut être double (infractions et troubles à l'ordre public) et l'acte constituer cependant tantôt une mesure de police (C.E. 23 octobre 1968, *Lacaze*, Rec., p. 1042 : fermeture d'un débit de boisson par le maire au titre de l'art. 97 du Code de l'Administration communale), tantôt une sanction (C.E. 8 janvier 1971, *Ministre de l'Intérieur c. dame Desamis*, Rec., p. 19 ; A.J.D.A. 1971, p. 297, concl. J.F. Théry ; C.J.E.E. 1972, J, p. 1, note J.V. ; V. aussi C.E. 4 janvier 1974, *Ministre de l'Intérieur c. dame Beysson*, Rec., p. 8 et C.E. sect. 23 janvier 1976, *Dame Le Muzic*, concl. Rougevin-Baville, Rec., p. 55 : sanctions prononcées au titre de l'art. 62 du Code des débits de boissons). (C.E. 10 mars 1976, *Ziane-Belkacem*, R.D.P. 1976, p. 1089 ; — 18 juin 1975, *Canu*, Rec., p. 362 ; — 30 mars 1962, *Benouali*, Rec., p. 239). V. aussi, R. LEGBAIS, *Nature et régime des sanctions en matière d'infractions à la police des débits de boissons*, note sous Cass. crim. 5 mai 1965, *Dame Voué*, J.C.P. 1966, II, 14609.

39 V. J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 253, § 174. L'expression citée au texte est de M. DURAND-PRINBORGNE, *J.-Cl. A.*, Fasc. 202, éd. 1966 ; dans le même sens, J. GEORGEL (*op. loc.*), Heumann, concl. sur C.E. 21 décembre 1956, *Pin*, D. 1957, p. 75.

40 J. GEORGEL, *J.-Cl. A.*, Fasc. 202, n° 68. L'auteur s'appuie sur deux arrêts : C.E. 28 septembre 1945, *Boni*, Rec., p. 196 ; — 12 janvier 1950, *Lezoux*, Rec., p. 17 ; on peut citer aussi les arrêts : C.E. 20 juin 1947, *Garnard*, Rec., p. 276 ; — 21 janvier 1949, *Truvé*, Rec., p. 29 ; — 6 mai 1949, *Société France Transports domicile*, Rec., p. 206 ; C.E. sect. 4 mars 1960, *Lévy*, Rec., p. 177 ; R.D.P. 1960, p. 1030, note WALINE ; C.E. 22 mars 1963, *Delle Lorée*, R.D.P. 1963, p. 815 ; Rec., p. 193 ; — 13 juillet 1967, *Allegretto*, Rec., p. 315, qui se satisfont d'une incrimination textuelle soit extrêmement large, soit même quasi-inexistante.

à l'ordre public ? Et, par suite, comment déterminer si la mesure motivée par ce fait est une sanction ou une mesure de police ?⁴¹.

C'est le même reproche général d'incertitude que l'on peut adresser au critère tiré du caractère préventif ou répressif de l'acte.

§ 3. LE CRITÈRE TIRÉ DU CARACTÈRE PRÉVENTIF OU RÉPRESSIF DE LA MESURE

189. — L'utilisation d'un tel critère à propos de la distinction police-sanction procède d'une extrapolation (A) et d'un défaut d'analyse (B) qui méritent d'être dénoncés.

A. L'EXTRAPOLATION

A force de n'identifier la notion de police administrative que du seul point de vue de ses limites par rapport à la police judiciaire, la doctrine a trop largement répété que l'une étant effectivement répressive, l'autre ne pouvait être que préventive⁴².

Cela a sans doute été vrai jusqu'à la première guerre mondiale, mais on a tellement peu réexaminé cette affirmation que l'on a fini par se persuader que c'était là l'essence de la police administrative ; et, face à l'émergence caractérisée d'une activité répressive de l'Administration, on a tout naturellement pensé que le critère de distinction sanction-police était aussi le caractère répressif ou préventif de la mesure⁴³.

Or, quelle que soit la valeur de ce critère au regard de l'opposition police administrative-police judiciaire, il ne s'agit là que

41 Il ne serait pas possible de prétendre que la qualification du motif lui-même dépend de la seule déclaration de l'administration ; cela reviendrait à accepter qu'elle ait la maîtrise discrétionnaire de l'incrimination ; d'ailleurs, le juge contrôle la qualification du motif opérée par l'administration, de telle sorte que si l'on persiste néanmoins à utiliser le critère du motif, la nature de l'acte litigieux n'est connue, là aussi, qu'*a posteriori*. Cela présente un inconvénient majeur lorsqu'un même fait peut constituer le motif légal — en tant que trouble à l'ordre public — d'un acte de police, sans pour autant réaliser l'infraction qui seule pourrait légalement motiver une sanction : l'acte sera donc respectivement légal ou illégal selon qu'il est une mesure de police ou une sanction. C'est pourquoi le contrôle de légalité d'un acte nécessite bien sa qualification antérieure par un critère autre que son motif.

42 V. *supra*, Titre I, Chapitre II, Sect. II, § I. A, n° 96.

43 Voir J.P. MUNCH, *op. cit.*, p. 27 et 30, qui s'appuie notamment sur BONNARD, *Manuel de Droit administratif*, 1943, p. 416.

44 Nous avons déjà rejeté ce critère à propos de la distinction police administrative - police judiciaire (V. *supra*, Titre I, Chapitre II, n° 96) ; mais il y a lieu de reprendre ici l'examen de sa valeur, car, au regard de cette première distinction, sa signification et ses implications n'étaient pas les mêmes : lorsque nous cherchions à opposer police administrative et police judiciaire, il n'était pas du tout exclu *a priori* que la sanction administrative puisse relever de la catégorie « police administrative », puisque nous voulions surtout faire le départ entre des actes judiciaires d'un côté

d'un critère de distinction entre deux notions déterminées et non du critère universel de la notion de police administrative qui permettrait de la différencier de toutes les autres notions. On comprend donc qu'il n'est nullement nécessaire *a priori* qu'il convienne également à propos de la distinction police-sanction, qui est une distinction autre dans la mesure où ses éléments ne sont pas les mêmes.

Cette extrapolation, déjà condamnable eu égard aux exigences du raisonnement juridique, se double d'un défaut d'analyse de la signification que présente le caractère répressif d'une décision.

B. LE DÉFAUT D'ANALYSE

Dire d'une mesure qu'elle est répressive ou préventive ne signifie pas grand chose en soi, car, selon le point de vue auquel on se place, une mesure de police peut apparaître répressive et une sanction préventive.

1. Toute norme individuelle, dès lors qu'elle impose une obligation et porte atteinte, en modifiant l'ordonnement juridique, à une situation individuelle telle qu'elle existait dans un état antérieur du droit tend toujours plus ou moins à limiter une liberté, un droit ou une simple faculté; ainsi, parce que l'on se place ici du point de vue de leurs destinataires, la fermeture d'un établissement, le retrait d'un permis de conduire, un internement administratif, apparaissent toujours plus ou moins répressifs, quelle que soit leur nature juridique effective⁴⁵. Or certaines de ces mesures sont tantôt des sanctions, tantôt des actes de police, ce qui prouve bien que leur caractère indubitablement répressif ne peut jouer comme critère de leur qualité juridique.

Si, à l'inverse, les sanctions pénales et administratives apparaissent, de ce même point de vue, également répressives, elles ne sont

et des actes administratifs de l'autre, pourvu qu'ils aient quelque rapport avec la police; à ce stade de notre recherche, il était donc aisé de se prévaloir du caractère répressif de certains actes administratifs pour rejeter ce caractère comme critère de l'acte de police judiciaire; maintenant, il s'agit au contraire de différencier ces deux activités administratives de sanction et de police et d'examiner si ce critère n'a pas ici quelque valeur.

⁴⁵ Les auteurs sont désormais très nombreux à admettre plus ou moins explicitement le caractère répressif des actes individuels de police: V. par exemple, R. DRAGO, note précitée au D.S. 1956, p. 395; J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, T. II, p. 317, § 1134; Chardeau, *concl. sur C.E. Ass. 16 décembre 1955, Bourokba*, R.J.P.U.F. 1957, p. 360; G. MORANGE, article précité au D. 1956, p. 125; R. ODENT, article précité, E.D.C.E. 1962, p. 46; Heumann, *concl. sur C.E. sect. 25 avril 1958, Société des Laboratoires Geigy*, *Rec.*, p. 243; L. PHILLIP, *Les internements administratifs*, D. 1962, p. 138; E. LANGAVANT, note sous T.C. 16 novembre 1964, *Sieur Clément*, J.C.P. 1965, II, 14286; MOURGEON, *op. cit.*, p. 154 et s.; D. LOSCHAK, note sous C.E. Ass. 21 juillet 1970, *Boussel et autres*, J.C.P. 1971, I, 16672; P. BON, *op. cit.*, p. 316; J. MOREAU, *J.-Cl. A.*, Fasc. 200, n° 35: tous ces auteurs admettent très explicitement le caractère répressif de certaines ou de toutes les mesures individuelles de police.

jamais instituées ni prononcées pour le seul plaisir de réprimer les auteurs d'infractions: du point de vue de l'autorité publique et de l'action étatique, leur fondement et leur justification sociale résident — c'est du moins sur cette conception que repose en partie notre droit pénal — dans leur effet d'exemplarité et dans leur fonction d'intimidation collective et personnelle: la victime de la sanction est ainsi incitée à ne pas renouveler son méfait et les tiers à ne pas l'imiter; c'est dire que la sanction remplit un rôle préventif évident, même si son objet ou sa fin individuelle et immédiate est la répression d'un coupable et non la protection ou le rétablissement de l'ordre public.

2. Ainsi, la complémentarité indissoluble des activités de prévention et de répression et le double caractère de toute mesure de police ou de sanction exigeraient — pour se mettre en mesure d'attacher un effet utile à cette distinction — que l'on précise toujours le point de vue auquel on se place pour décider du caractère préventif ou répressif d'un acte. Or cette précision est rarement apportée, ce qui non seulement rend inutilisable le critère mais aussi conduit les auteurs qui néanmoins le retiennent peu ou prou à nier, sur un plan conceptuel, toute différence entre la sanction et l'acte de police ou simplement à plaider pour l'extension de la procédure contradictoire aux actes individuels de police⁴⁶.

Mais même si l'on prend soin de procéder à cette analyse et si l'on entend faire abstraction de l'effet individuel nécessairement répressif de toute mesure de police pour n'appréhender que le but de la mesure, le critère — qui devient expressément finaliste — s'avère encore inexact.

§ 4. LE CRITÈRE FINALISTE

Comme l'expose justement M. Mourgeon, le critère finaliste comporte en réalité deux formes: la première « objective » (A), la seconde « subjective » (B).

A. LA FORME OBJECTIVE

190. — Lorsque le but est dit « objectif », il désigne « le résultat auquel l'acte tend, considéré en lui-même, de l'extérieur et indépen-

⁴⁶ M. MOURGEON — bien qu'il apporte, comme on va le voir, cette précision — veut confondre dans une même catégorie constituée par une « fonction disciplinaire » ou « répressive », les sanctions et les actes de police; il plaide aussi, par conséquent, pour l'extension de la procédure contradictoire aux actes individuels de police (V. *supra*, note 45); M. MORANGE se contente seulement de préconiser le respect des droits de la défense en matière de police (art. préc. au D. 1956, p. 121 et s.), de même M. J.M. AUBY (R.D.P. 1957, p. 349) et M. D. RUZIE (note précitée au D. 1965, p. 9 et s.). M. ISAAC, par contre, estime que la procédure est déjà applicable à certains actes individuels de police (*op. cit.*, p. 393).

damment des intentions de son auteur. Ainsi défini, le but objectif peut être rattaché aux motifs de la mesure⁴⁷. On peut donc très rapidement montrer que le critère du but objectif n'est guère plus fiable que le critère des motifs : il arrive en effet que des mesures « destinée[s] à prévenir le renouvellement de troubles » soient non des actes de police comme on pourrait s'y attendre, mais des sanctions⁴⁸. Inversement, des autorités administratives sont susceptibles d'intervenir « en qualité d'autorités de police », bien qu'elles aient « en vue d'assurer le respect de prescriptions du Code pénal tendant à réprimer certaines activités »⁴⁹.

Il ne reste donc plus qu'à examiner la forme subjective du critère finaliste.

B. LA FORME SUBJECTIVE

191. — Selon M. Mourgeon, le but « subjectif » est « celui voulu par l'auteur de la mesure » ; il « s'apparente aux mobiles et non plus aux motifs de l'acte. Concrètement, il consiste ici dans la volonté de réagir contre un comportement estimé répréhensible (...) par une mesure suffisamment préjudiciable au coupable pour que celui-ci ne puisse plus se rendre tel »⁵⁰.

Ce critère nous semble inopportun en ce qu'il fait interférer le problème de la qualification avec des questions de légalité (1°) et insuffisant en ce qu'il exigerait des sous-distinctions supplémentaires (2°).

47 J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 128, § 94. Nous avons déjà noté la similitude du critère des motifs et celui du but (V. *supra*, note 38). C'est ce critère finaliste que retient M. GEORGEL, *J.-Cl. A.*, Fasc. 202, n° 31.

48 V. par exemple : C.E. 16 mai 1975, *Epoux Abba Sidick*, R.D.P. 1975, p. 1493, à propos de l'exclusion d'un élève de lycée. En outre, « les troubles » dont il s'agit dans ce genre d'espèce ne concernent pas seulement le fonctionnement du service, mais, selon la loi du 12 novembre 1968 relative à l'enseignement supérieur, « l'ordre public » lui-même. Ainsi, un enseignant ou un étudiant à qui l'on reproche de troubler « l'ordre public » dans l'enceinte universitaire peut se voir infliger une sanction disciplinaire. V. C.E. 26 avril 1974, *Buisson*, R.D.P. 1975, p. 516.

49 T.A. Montpellier 17 novembre 1964, *Munoz*, Rec., p. 764 (espèce relative à des courses de taureaux).

50 *Op. cit.*, *ibidem*. Pour l'auteur, le critère subjectif ne joue pas seul mais à titre « complémentaire », puisqu'à son sens une mesure individuelle de police étant déjà répressive, il faut bien ajouter à ce caractère répressif un élément supplémentaire qui est justement tiré de l'intention de l'auteur de l'acte. En réalité, nous estimons que dans la pensée de M. MOURGEON, ce critère est à lui seul déterminant puisque si tous les actes à caractère répressif ne procèdent pas d'une intention répressive (et ne constituent pas, dans ce système, des sanctions), tous les actes procédant d'une intention répressive possèdent par ce seul fait la qualité de sanction : il serait vain en effet de vérifier leur caractère répressif ; il est nécessairement réalisé car, pour imaginer une mesure dont l'auteur a été animé d'une intention répressive et qui ne présenterait néanmoins aucun caractère répressif, il faudrait supposer que l'administrateur ne soit pas consentant vis-à-vis de ses mobiles... ; nous traiterons donc ce critère comme s'il jouait seul. R. ODBERT adopte, sinon un tel critère, du moins une défi-

1° L'inopportunité du critère

Prenons le cas d'une autorité de police entendant détourner de ses fins son pouvoir de maintien de l'ordre pour s'en servir comme moyen d'infliger un châtiment à telle personne. Il ne fait nul doute que sa mesure serait annulée par le juge⁵¹. Mais on ne peut admettre que cette mesure devienne une sanction pour cette seule raison que son auteur était animé d'une intention punitive ; on pourrait certes — en principe — obtenir son annulation pour violation éventuelle du principe « Nulla poena sine lege »⁵² ; mais s'il fallait effectivement y voir une sanction, on ne pourrait plus, alors, alléguer son illégalité pour détournement de pouvoir puisque l'intention de punir est bien le but légal d'une sanction. Le défaut de ce critère est donc exactement similaire à celui des motifs, dénoncé de façon fort pertinente par M. Mourgeon lui-même.

Il semble bien en effet que le juge ne se laisse pas imposer par l'administration la qualification de l'acte car la seule qualification de la mesure aboutirait alors à priver en fait le requérant d'un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir ; et si, pour telle ou telle raison, les autres voies d'annulation étaient fermées, la mise en œuvre de ce critère aboutirait à une sorte de déni de justice⁵³.

niton volontariste de la sanction : « L'élément constitutif de la sanction paraît être la volonté de punir une faute commise par celui auquel la sanction est infligée » ; mais il ajoute : « Une sanction est donc toujours motivée par un grief retenu contre l'intéressé personnellement » (article précité dans E.D.C.E. 1953, p. 55) ; V. dans ce même sens, Ch. HEN, *op. cit.*, p. 292 : « C'est (...) par sa finalité, son aspect subjectif que la sanction doit être définie ».

51 De nombreux moyens peuvent s'offrir au requérant pour obtenir cette annulation : principalement l'incompétence, le défaut de motif légal, le manque de base légale, le détournement de pouvoir, selon les circonstances de fait ou de droit propres à l'affaire. V. C.E. 2 juin 1911, *de Pressensé*, R.D.P. 1911, p. 690, note JEZE ; — 24 janvier 1930, *Puitg*, Rec., p. 100 ; D.P. 1931, III, p. 21 ; — 4 décembre 1946, *Courtois-Suffit*, Rec., p. 291 ; — 23 novembre 1949, *Meyer*, Rec., p. 502 ; — 9 décembre 1955, *Bressoles*, Rec., p. 583 ; — 10 janvier 1962, *Riveccio*, Rec., p. 15.

Mais, comme nous l'expliquons plus loin (*infra*, note 53), il se peut que le requérant ne dispose que du détournement de pouvoir.

52 En principe seulement, pour les raisons que nous exposons dans l'introduction de ce Chapitre, n° 182.

53 Les autres voies peuvent être fermées lorsqu'un texte a prévu la mesure soit à titre de sanction, soit à titre d'acte de police et si par ailleurs l'intéressé a été mis à même de présenter sa défense ou ses observations : la compétence de l'auteur de l'acte habilité à prendre la mesure est incontestable ; les formes irréprochables ; la base légale également ; les faits eux-mêmes peuvent être de nature à motiver soit une sanction, soit une mesure de police. On prétendra alors que, face à une telle hypothèse, il n'y a pas d'intérêt à qualifier l'acte puisqu'il apparaît en tout état de cause légal. En réalité, l'intérêt demeure car, si le juge contrôle en général l'adéquation des motifs à l'objet de l'acte de police générale locale, il ne procède pas à ce contrôle de proportionnalité entre faute et sanction, sauf erreur manifeste d'appréciation (V. C.E. Sect. 9 juin 1978, *Lebon*, Rec., p. 245 ; A.J.D.A. 1978, p. 573, concl. GENVOIS, note S.S. ; Rev. Adm. 1978, note MODERNE ; D. 1978, I.R., p. 361, note DELVOLVÉ ; D. 1979, p. 30, note PACTEAU ; R.D.P. 1979, p. 227, note AUBY ; J.C.P. 1979, II, 19159, note

Même si cette situation, quoique possible, semble exceptionnelle, il en est d'autres face auxquelles le critère subjectif n'est d'aucun secours pour qualifier l'acte.

2° L'insuffisance du critère

Certaines circonstances de fait peuvent se rencontrer dans lesquelles, pour maintenir ou rétablir l'ordre public après épuisement, le cas échéant, de la voie pénale judiciaire, une seule mesure s'avère efficace : le retrait de l'autorisation administrative⁵⁴ ; il est clair qu'en décidant cette mesure, l'administrateur veut pallier l'insuffisance des sanctions pénales, c'est-à-dire punir plus sévèrement l'administré⁵⁵ : comment soutenir, alors, que son intention n'est pas indistinctement préventive ou répressive à la fois, puisqu'en cette hypothèse la prévention ne passe que par la répression administrative ?

Faudrait-il encore distinguer entre intention immédiate et intention finale ? Entre intention déterminante et intention accessoire ? Ce genre de considérations suppose des investigations bien intimes dans la subjectivité de l'auteur de l'acte ou de subtiles analyses du caractère objectif de cet acte ; il ne peut déboucher en tous cas que sur des divergences totales d'appréciation⁵⁶ ou sur des discussions franchement oiseuses.

Bien mieux, il peut finir par aboutir sur cette conviction, qu'avoue l'auteur lui-même, que « police et sanction ne sont pas des catégories hétérogènes, qu'il s'agit de la même chose puisqu'activité

RIALS) : or il peut arriver qu'une mesure soit fondée « sur des motifs de nature à justifier » l'intervention de l'autorité de police, sans que le contenu de cette mesure soit proportionné aux troubles qui la motivent : par conséquent, la mesure ne pourrait être déclarée illégale que s'il s'agissait d'une mesure de police ; et elle ne le pourrait pas s'il s'agissait d'une sanction, sauf si l'erreur d'appréciation était manifeste.

On comprend donc que, dans cette hypothèse, la possibilité d'obtenir l'annulation de cet acte dépend là encore de sa qualification préalable ; on voit aussi que qualifier cet acte par le critère finaliste subjectif permettrait à l'administration d'éviter l'écueil de deux types de contrôle — celui du but et celui de l'adéquation de l'objet aux motifs — et empêcherait, en l'état actuel du contrôle juridictionnel de la légalité des sanctions, d'obtenir l'annulation d'une mesure cependant illégale.

54 Un même fait peut, on le sait, constituer une infraction et un trouble à l'ordre public (V. *supra*, § 2, B, n° 188). Ces circonstances se présentaient dans les espèces suivantes : C.E. 15 mai 1936, *Belot*, D. 1937, p. 1, note WALINE ; — 27 mars 1931, *Crouzat*, Rec., p. 386 ; — 13 juillet 1963, *Ville d'Alès*, Rec., p. 437 ; A.J.D.A. 1963, p. 707, obs. J. MOREAU ; R.D.P. 1963, p. 1216, obs. J.M. AUBY. V. aussi, Cass. crim. 13 mars 1963, J.C.P. 1963, IV, 54 ; Bull. n° 117, p. 233.

55 V. dans le même sens, P. BON, *op. cit.*, p. 321. Il est clair que la modicité des amendes contraventionnelles de l'article R. 26-15° du Code pénal peut inciter un administré à préférer payer l'amende plutôt que de cesser le trouble pour lequel il est poursuivi ; le retrait de l'autorisation est alors seul de nature à l'inciter à plus de raison.

56 V. *supra*, introduction de ce Chapitre, note 15.

de police et répression disciplinaire tendent au maintien de l'ordre »⁵⁷.

Pourtant, le principe de la procédure contradictoire n'est pas, en droit positif, applicable aux deux types de mesures ; et il reste encore à déterminer dans quels cas il s'applique. Or toutes les impasses auxquelles nous nous sommes successivement heurté laissent fortement pressentir que ce n'est pas — ou ne devrait pas être — la distinction police-sanction qui gouverne l'application de ce principe.

Il convient maintenant de l'expliquer.

57 J. MOURGEON, *op. cit.*, note 118, p. 65.

SECTION II

EXPLICATION CRITIQUE DE LA DISTINCTION
ENTRE POLICE ET SANCTION EN DROIT POSITIF

Le droit positif veut faire dépendre l'application de la procédure contradictoire de la qualification de la mesure parce qu'on continue généralement de donner à ce principe un fondement qu'il n'a plus (§ 1). Il en résulte que la distinction police-sanction, qui ne peut plus entièrement s'adapter au rôle que l'on veut lui faire jouer, subit, en droit positif, des distorsions téléologiques qui altèrent sa réalité conceptuelle (§ 2).

§ 1. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA PROCÉDURE
CONTRADICTOIRE NE DEVRAIT PAS DÉPENDRE, EN DROIT
POSITIF, DE LA QUALIFICATION DE LA MESURE

192. — R. Odent a fait remarquer, à très juste titre, que « la jurisprudence ne semble pas encore très stabilisée »¹ quant au champ d'application de la procédure contradictoire. L'incertitude sur ce point provient, pensons-nous, d'une incertitude sur le fondement même de ce principe. Cette dernière se trahit d'ailleurs par l'interchangeabilité apparente, dans le vocabulaire courant, des expressions « procédure contradictoire », « principe des droits de la défense », « principe Audi alteram partem »².

En réalité, comme l'a très clairement exposé M. Isaac, le principe général de la « procédure contradictoire » exprime la règle de droit, tandis que le « principe des droits de la défense » et le « principe Audi Alteram partem » constituent deux fondements possibles de cette règle³.

Or c'est le caractère progressif, implicite et non encore général de la substitution d'un fondement à l'autre (A) qui explique à la fois l'étroitesse du champ d'application actuel de la règle, son extension partielle, les incertitudes jurisprudentielles et les condamnations doctrinales qu'elles suscitent (B).

A. LA SUBSTITUTION DE FONDAMENT
DE LA PROCÉDURE CONTRADICTOIRE

193. — 1. La procédure contradictoire a une origine par essence contentieuse. Elle constitue, devant toute juridiction, l'une des garanties les plus élémentaires des justiciables ayant à se défendre d'une accusation ou seulement d'une action dirigée à leur rencontre.

Cependant, à la suite « d'un phénomène de contamination et d'irradiation » relevé par toute la doctrine après R. Odent, cette procédure s'est imposée à l'administration active elle-même dans tous les cas « où elle inflige une sanction, c'est-à-dire exerce un pouvoir répressif qui s'apparente à celui que détiennent les tribunaux »⁴. Mais fondée, pour lors, sur « le principe des droits de la défense », elle n'a guère pu déborder le domaine des sanctions pour investir le reste de l'action administrative. Une donnée fondamentale de notre droit public s'y opposait formellement : le privilège du préalable, impliquant un mode d'émission unilatéral pour les normes administratives⁵.

Pendant longtemps, ce privilège a donc conféré un caractère marginal aux cas d'application de cette procédure contradictoire : son application sans texte apparaissait tout autant exceptionnelle que les hypothèses d'un pouvoir administratif répressif⁶ ; et, très naturellement, il était absolument exclu, pour un double motif, que le principe atteignît la police : celle-ci, domaine de la puissance publique exécutoire et de l'unilatéralité par excellence, était en outre considérée comme étant par essence préventive et non répressive.

2. Mais, dès le début de ce siècle, s'est amorcé un autre phénomène qui a tendu à contraindre l'administration à s'entourer de toutes les précautions nécessaires avant d'émettre une décision susceptible de préjudicier à certains intérêts : des textes se sont multipliés pour organiser des procédures de consultation auprès des intéressés, même dans les domaines où l'administration n'entendait pas exercer les fonctions d'un tribunal, mais seulement remplir des missions lui appartenant en propre⁷.

Malgré le caractère sporadique de ses manifestations, ce phénomène répondait d'abord à cette tendance profonde mais nouvelle cherchant à dissocier le discrétionnaire de l'arbitraire⁸ ; plus tard,

⁴ ODENT, article précité dans E.D.C.E. 1953, p. 60 et 61.

⁵ Sur cette idée, V. R. DRAGO, note précitée au D. 1955, p. 395, et R. ODENT (*ibidem*) qui évoque « la présomption de régularité » dont jouissent les actes administratifs.

⁶ Sur cette idée, V. M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, T. I, p. 316, § 1134.

⁷ V. les exemples que fournit M. ISAAC (*op. cit.*, p. 387).

⁸ Sur cette idée, V. ISAAC, *op. cit.*, p. 397. Cela a été vrai tout particulièrement lors de « l'affaire des fiches » et du vote de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ; cela est vrai également pour les expulsions d'étrangers qui doivent dans certaines conditions être précédées d'une procédure contradictoire (V. Ord. du 2 novembre 1945, art. 24 et M.H. BIENAYMÉ, *J.-Cl. A.*, Fasc. 235).

1 Cours de contentieux 1970, 3^e tirage, p. 1488.

2 V. pour une analyse critique, M. WALINE, *Le principe « Audi alteram partem »*, dans Livre Jubilaire du Conseil d'Etat luxembourgeois, 1957, p. 495. V. aussi la bibliographie citée par M. ISAAC, *op. cit.*, p. 386.

3 *Op. cit.*, p. 388 et s.

il s'est agi de satisfaire une revendication de plus en plus fréquente d'information réciproque puis de consultation, en un mot de bonne administration⁹ : il est alors apparu que le privilège de l'action unilatérale pouvait et devait souffrir les formes qui, loin d'en compromettre les vertus, contribuaient à en améliorer l'exercice dans l'intérêt des particuliers et celui — bien compris — de l'administration.

Lorsque le juge, en dehors de tout texte, a, dans certains domaines, consacré l'application de la procédure contradictoire à des mesures dites non « répressives » mais prises seulement « en considération de la personne »¹⁰, il était avéré que la règle avait changé de fondement dans la conscience juridique collective : elle n'a plus seulement reposé sur cette idée qu'il est légitime que l'administration respecte les formes contentieuses lorsqu'elle agit comme une juridiction, mais sur celle — beaucoup plus large — qu'il est bon et juste, pour éviter « les risques d'erreur et d'arbitraire »¹¹, qu'elle entende l'intéressé avant de prendre une mesure grave le concernant.

Le juge administratif aurait dû alors tirer les conséquences de l'admission en droit français du principe « Audi alteram partem » — car c'est de ce principe qu'il s'agissait désormais¹² — et exiger son respect pour toutes les mesures individuelles présentant une certaine gravité.

Pendant, il n'en a pas été ainsi.

B. LES INCONSÉQUENCES DU DROIT POSITIF QUANT AU CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCÉDURE CONTRADICTOIRE

194. — Si le fondement tiré du principe « Audi alteram partem » trouve matière à justifier l'application de la procédure contradictoire à propos de mesures non répressives concernant des agents publics, pourquoi ne pourrait-il pas la justifier à propos des mesures non « sanctionnatrices » prises en dehors de l'ordre des services publics ? Pourquoi le juge ne pourrait-il se prévaloir du principe « Audi alteram partem » qu'au sein de cet ordre juridique et pourquoi devrait-il se contenter du seul principe « des droits de la défense » en dehors des services publics ?

⁹ C'est le cas en matière d'expropriation, de remembrement, d'élaboration des plans d'urbanisme, de réglementation des prix, d'autorisation de licenciements, etc...

¹⁰ V. sur ce point R. ODENT (E.D.C.E. 1962, p. 44) qui montre comment la jurisprudence a admis la procédure contradictoire pour les mesures non répressives mais prises en considération de la personne, lorsqu'il s'agit d'agents publics. V. aussi, Ch. HEN, *op. cit.*, p. 271.

¹¹ R. Odent, concl. sur C.E. 26 octobre 1945, *Aramu*, S. 1946, III, p. 1.

¹² V. M. WALINE, *op. cit.*, et J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, T. II, p. 313, § 1131 : le principe « Audi alteram partem » est appliqué dans les systèmes juridiques anglo-saxons dans lesquels le principe du « due process of law » exclut justement le privilège du préalable.

En réalité, le juge a déjà souvent subordonné l'application de la procédure à la « gravité » de la mesure, à celle de « ses motifs », ou de « ses conséquences »¹³ ou encore au fait qu'elle est prise en « considération de la personne », même lorsqu'elle ne concerne pas un agent public¹⁴. Mais il n'a pas voulu, par une décision de principe, généraliser cette règle à l'ensemble des décisions individuelles pour lesquelles « les risques d'erreur et d'arbitraire » sont particulièrement graves, puisqu'il n'en a pas expressément étendu le champ d'application aux mesures de police présentant une certaine gravité.

Les raisons de son refus, qui se traduisent par une confusion implicite des deux fondements (1°), apparaissent multiples, assez complexes et relativement informelles ; ceci ne rend pas aisé leur critique (2°).

1° La confusion implicite des deux fondements

1. La quasi-concomitance historique de l'apparition des deux fondements possibles de la règle n'a pas, tout d'abord, clarifié leur distinction théorique¹⁵. On a trop souvent raisonné comme si le principe « Audi alteram partem » était inscrit dans celui des « droits de la défense », si bien que la procédure contradictoire a eu du mal à se dégager de ses origines contentieuses et à étendre son champ d'application. Bien plus, pour inciter le juge à appliquer la règle là où, conformément aux implications du fondement initial, il voulait en dispenser l'administration active, certains auteurs ont plus ou moins intentionnellement travaillé à les faire confondre¹⁶. Pour parvenir à cette fin louable, il aurait fallu bien plutôt — il faudrait —, pensons-nous, disjoindre ouvertement les deux principes en démontrant que le second est en train d'acquiescer ou a même déjà acquis ce qui lui manquait jusque-là pour en faire un principe général du droit (si toutefois on peut prêter à ce type de norme les caractères de la coutume) : l'effectivité et l'*opinio juris* ; il faudrait aussi montrer que, de toutes façons, ce principe « Audi alteram partem » est de nature à englober, *a fortiori*, les exigences du premier.

¹³ V. *supra*, les arrêts Caquant, Rohmer, Faist, Ruard, Lorté (note 35 de la Section I, n° 186).

¹⁴ V. C.E. 10 janvier 1962, Charrieau, *Rec.*, p. 45 (retrait de la décision accordant au requérant des services dans les forces françaises combattantes pour des « faits personnels » à l'intéressé : bien qu'on puisse à ce titre le considérer comme un ancien agent public au sens large, il est difficile d'admettre qu'il l'était encore au moment de la décision).

¹⁵ R. ODENT (article précité dans E.D.C.E. 1962, p. 44) décrit bien la transformation du principe, mais en assimilant les deux formules ; M. HEN (*op. cit.*, p. 298) relève également l'évolution mais distingue plus nettement les deux fondements ; de même M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, (1^{re} Partie).

¹⁶ V. à cet égard les critiques que M. MORANGE (article précité dans D. 1956, p. 124 et s.) formule à l'encontre de l'opinion de M. de Soto (*Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, E.D.C.E. 1952, p. 72).

2. La confusion a également été entretenue par le glissement imperceptible qui s'est produit quant aux conditions de déclenchement de la procédure : naguère, la doctrine estimait couramment qu'en plus de sa qualité de sanction, la mesure litigieuse devait présenter un certain degré de gravité¹⁷; de nos jours, au contraire, la seule gravité de l'acte est quelquefois présentée comme une condition suffisante, indépendante de sa nature. Marcel Waline écrivait même : « toute mesure de nature à porter un grave préjudice aux intérêts d'une personne déterminée doit être, même si aucun texte ne le dit, précédée d'une invitation adressée à cette personne, de présenter ses observations »¹⁸. Il résulte de cela une certaine ambiguïté quant au champ exact d'application de la règle. Nous pensons néanmoins que la formule de M. Waline est trop générale (même si elle se vérifie quelquefois), puisque nombre de mesures de police extrêmement graves ne sont jamais précédées d'une telle invitation.

Nous pensons aussi que cette exclusion est injustifiée.

2° La critique des raisons expliquant l'exclusion de la police du champ d'application de la règle

1. En matière de police, le juge persiste à considérer le caractère unilatéral de l'action administrative comme un obstacle dirimant à l'instauration d'un dialogue entre l'administrateur et l'administré. Or cette incompatibilité apparente entre l'unilatéralité de la puissance publique et l'opportunité d'une consultation serait aisément levée si l'on prenait soin de différencier préparation et prise de la décision : si cette dernière doit bien rester unilatérale puisque l'administration est par principe mieux placée que quiconque pour apprécier en dernière analyse les intérêts généraux, elle ne peut néanmoins que gagner à résulter d'une information et d'une concertation aussi profondes et larges que possible.

2. Il n'est pas non plus justifié que le droit positif écarte la règle pour les mesures impliquant « l'exercice d'un choix discrétionnaire à propos duquel l'audition de l'intéressé n'aurait aucune incidence »¹⁹; l'obligation de recueillir les observations que suscite la communication d'une intention ne débouche pas sur celle, toute différente, de s'y conformer; le juge sait bien d'ailleurs, quand il le faut, distinguer la procédure consultative obligatoire de celle de l'avis conforme!

3. L'exclusion de la procédure contradictoire en matière de police serait-elle fondée sur le souci de préserver le secret de l'élaboration d'une décision et éventuellement l'effet de surprise qu'on en attend? Mais le secret et la surprise ne sont, en ce domaine,

qu'exceptionnellement utiles. Il apparaît, certes, légitime de ne pas vouloir non plus « énerver l'action de la police » par des complications procédurales; mais pourquoi, alors, la procédure de sursis à exécution serait-elle à cet égard plus admissible que celle de la consultation préalable²⁰. Cette dernière serait même susceptible d'éviter quelquefois les inconvénients du prononcé d'un sursis. Enfin, les décisions individuelles de police n'apparaissent pas toutes pareillement urgentes²¹; et lorsqu'elles ne le sont pas, elles ne perdraient rien en efficacité et en qualité à être édictées en toute connaissance de cause.

Le juge est certainement conscient du bien-fondé de ces considérations. Mais il ne souhaite pas — ou « pas encore », selon une formule célèbre — en convenir expressément par voie générale. Peut-être, en définitive, est-ce son pragmatisme et son réalisme qui l'incitent à ne pas mettre fin à la période transitoire que nous traversons : se rendant compte que cette règle bouleverserait par trop les habitudes séculaires de l'administration en matière de police, il préfère — pour éviter, au moins dans un premier temps, des annulations trop nombreuses — ne pas la lui imposer à propos de toutes les mesures individuelles de police suffisamment graves; peut-être son attitude est-elle due tout simplement à ce réflexe qui lui fait se « voiler la face devant tout ce qui touche de près ou de loin à la police »...²².

4. En attendant, il lui faut bien continuer de justifier en droit — c'est-à-dire par un principe rationnel — une attitude qui, précisément, n'est guère fondée en raison. En persistant à utiliser la distinction police-sanction comme principe rationnel de sa jurisprudence ou en laissant croire qu'elle le demeure, tout en faisant de plus en plus souvent bénéficier de la procédure contradictoire certaines mesures « eu égard à leur gravité » ou à la circonstance qu'elles sont prises « en considération de la personne », le juge se place dans une position insoutenable : sur le plan logique, l'alternative est la suivante : ou bien c'est effectivement cette distinction police-sanction qui détermine l'application de la procédure contradictoire, et alors la seule gravité de la mesure ou le fait qu'elle soit édictée en considération de la personne ne devraient pas entrer en ligne de compte²³; ou bien ce sont la gravité de la mesure, « les

²⁰ V. C.E. sect. 13 juin 1975, *Sieur Beaumé et Cimmino* (Dr. Adm. 1975, n° 254; Rec., p. 352, concl. Boutet; A.J.D.A. 1976, p. 300, Chron. NAUWALEERS et FABRUS); cette décision admet le principe de la procédure de sursis à l'encontre d'une interdiction d'accès à un hippodrome, mesure qui selon une jurisprudence constante, n'a pas à être précédée de la procédure contradictoire (V. C.E. 3 décembre 1947, *Canderatz*, Rec., p. 456 et 30 janvier 1948, *Ablon*, Rec., p. 52).

²¹ C'est en effet par le caractère souvent urgent des mesures individuelles de police que l'on justifie quelquefois l'inapplicabilité à leur endroit de la procédure contradictoire: V. P. WEIL, *Le droit administratif*, op. cit., p. 50 et J.M. AUBY et R. DRAGO, op. cit., T. II, § 1134, p. 317.

²² Ch. HEN, op. cit., p. 341.

²³ Sauf à indiquer clairement en quoi l'éventuelle différence de nature des mesures prises à l'intérieur des services publics et celles prises en dehors

¹⁷ V. supra introduction de ce chapitre, note 11 et 24.

¹⁸ *Précis*, T. I, p. 334, § 622.

¹⁹ J.M. AUBY et R. DRAGO, op. cit., T. II, § 1134, p. 317.

risques d'arbitraire et ceux d'erreur » qui justifient son respect, et alors il faudrait y assujettir les mesures individuelles de police assez graves.

Or ce sont les contradictions dans lesquelles le juge s'est enfoncé qui expliquent le caractère effectivement fonctionnel, en droit positif, de la distinction des deux notions.

§ 2. LA DISTINCTION POLICE-SANCTION PROCÈDE, EN DROIT POSITIF, DE CRITÈRES FONCTIONNELS

195. — Puisque l'application de la procédure contradictoire ne devrait plus dépendre de la nature de la mesure, il devrait en même temps être inutile de rechercher le critère de distinction des deux notions ; mais, dans la mesure où le juge continue de faire jouer ce rôle à cette distinction ou de faire croire qu'elle le joue toujours, il apparaît que l'utilisation qu'il en fait est souvent téléologique (A), si bien que les critères qu'il met en œuvre tracent moins la frontière des deux notions que, tout simplement, celle des hypothèses pour lesquelles il veut ou non obliger l'administration à respecter la procédure (B).

A. L'UTILISATION TÉLÉOLOGIQUE DE LA DISTINCTION POLICE-SANCTION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Les notions fonctionnelles se caractérisent par le fait qu'elles jouissent bien, à l'origine, d'une unité conceptuelle ; mais, ce qui apparaît fonctionnel, c'est l'usage qu'on en fait et par suite leur consistance : en effet, leurs limites et leur contenu sont déterminés par la volonté d'y intégrer (ou d'en exclure) certains éléments de façon à soumettre (ou à faire échapper) ceux-ci au régime des actes appartenant normalement à cette catégorie.

Pour établir que le juge recourt à une utilisation fonctionnelle des deux notions, il faut, par conséquent, montrer d'abord que le principe d'une distinction conceptuelle des deux catégories existe bien (1°) et ensuite démontrer le processus ayant conduit le juge à de tels errements (2°).

1° Le principe de la distinction conceptuelle des deux notions

196. — Le Professeur Drago²⁴ a bien expliqué sur quelle idée reposait la distinction : l'acte de police saisit un fait, un acte, une

de cet ordre juridique justifie cette différence de traitement et à trancher la difficulté que soulèverait sur ce point les sanctions édictées au titre d'un pouvoir de police pour assurer le fonctionnement et l'organisation d'un service public (voir l'arrêt *Delle Lorée*, précité).

²⁴ Note précitée au D. 1956, p. 395 : « Dans le droit disciplinaire la personne de celui qui subit la sanction est seule en cause ; en matière de police

situation ou une personne en tant que facteur de trouble à l'ordre public ; il ne veut considérer les circonstances que dans leur signification objective au regard des exigences de l'ordre public à préserver ou à rétablir²⁵. La sanction saisit l'auteur de ce fait ou de cette situation en tant que fauteur de troubles, c'est-à-dire en tant que coupable d'une infraction qu'il faut punir ; elle appréhende sa subjectivité de personne responsable et douée de volonté²⁶.

Malgré cette différence conceptuelle certaine, l'explication ne fournit guère en elle-même le critère permettant de reconnaître le caractère objectif ou subjectif de la mesure, surtout lorsque l'on

elle n'est visée qu'indirectement car à travers elle c'est l'ordre public troublé qu'on s'efforce de rétablir. Certains arrêts expriment bien cette différence : C.E. sect. 10 décembre 1943, *Delle Lorée* (Rec., p. 285) : inopportunité de la création d'un commerce au regard de la défense des intérêts des commerçants mobilisés ; rien n'est reproché à la requérante ; C.E. 22 novembre 1944, *Grafmeyer* (Rec., p. 302) : à propos d'une décision relative à un transfert de pharmacie, la personne du pharmacien n'intervient pas ; C.E. 20 janvier 1950, *Petot* (Rec., p. 51) : retrait d'une autorisation de tenir une maison de tolérance uniquement « réservée au service des troupes allemandes d'occupation » ; cette autorisation cesse automatiquement de produire effet au moment de l'évacuation de la ville par lesdites troupes : l'arrêt se borne à constater que l'autorisation n'avait plus d'objet ; ce n'est donc pas une sanction. L'arrêt de section du 5 mai 1950, *Verot* (Rec., p. 263) énonce nettement les deux significations qu'un acte peut revêtir selon les circonstances : « Cette disposition donne au ministre le pouvoir (...) non seulement de réprimer les fautes professionnelles des experts agréés, mais encore de retirer l'agrément toutes les fois que cette mesure est exigée pour la sauvegarde des intérêts dont la défense lui est confiée ; il résulte de l'instruction que la décision attaquée a prononcé à l'égard du requérant une mesure disciplinaire destinée à punir l'attitude qu'il avait eue pendant l'occupation... ».

²⁵ Ceci n'implique nullement que l'acte de police ne puisse intervenir pour des considérations propres à la personne ; au contraire, nombreuses sont les mesures de police prises en considération de la personne dans la mesure où la personnalité d'un administré constitue l'un des éléments d'une situation objective : C.E. 8 mai 1946, *Société Béarnaise pour la recherche et l'exploitation de la potasse* (Rec., p. 130) : l'autorisation d'utiliser de l'huile extraite par sondage est accordée à une entreprise plutôt qu'à telle autre en fonction des qualités respectives de chacune ; C.E. Ass. 10 décembre 1954, *Andreani* (R.P.D.A. 1955, p. 30, concl. Chardeau) : interdiction d'accès ou expulsion de certaines personnes du territoire indochinois « motivées par des agissements (...) de nature à faire regarder [les intéressés] comme dangereux pour la sécurité publique » ; C.E. 9 décembre 1955, *Arnaud et Société Emmop* (Rec., p. 660) : des « griefs » articulés à l'encontre de l'intéressé peuvent constituer le motif de mesures de police (en l'espèce un internement administratif) ; (dans le même sens, V. C.E. 20 novembre 1964, *Touche*, Rec., p. 564) ; C.E. sect. 26 janvier 1973, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Lang* (Rec., p. 73) : le refus d'inscription sur une liste professionnelle, bien que motivé par un fait personnel à l'impétrant (l'insuffisance de ses aptitudes professionnelles) n'est pas constitutif d'une sanction.

²⁶ Certes, en matière de contraventions de grande voirie et d'infractions économiques, la subjectivité de l'auteur n'entre pas en jeu ; elle est en tous cas « atténuée », comme l'explique M. Mourgeon (*op. cit.*, p. 359, § 235 et s.) ; mais, même en droit pénal, s'il y a des infractions contraventionnelles indépendantes de tout élément volontaire, ces infractions sont tout de même considérées comme subjectives car la faute est alors présumée (V. Mourgeon, *ibid.*, p. 341, § 237).

se trouve face à l'une de ces hypothèses dans lesquelles celui-ci est incertain et même ambivalent quelquefois. Plutôt que d'admettre qu'il était vain, pour toutes les raisons exposées plus haut, de vouloir se prononcer à chaque fois de façon tranchée, on a trop longtemps interprété la jurisprudence comme si cela était nécessaire et possible; et ce sont précisément les conditions dans lesquelles le juge a été amené à tenir compte de l'évolution du fondement de la procédure contradictoire qui l'ont contraint à une utilisation téléologique de la distinction.

2° *Le mécanisme et les effets du processus ayant abouti à une utilisation téléologique de la distinction*

197. — 1. Normalement, et en toute logique, c'est la nature d'une mesure qui entraîne l'application à son égard du régime propre à la catégorie dont elle relève; en ce sens, on peut dire que l'appartenance d'un acte à une catégorie joue le rôle de cause immédiate et l'application du régime celui de l'effet. Mais, si l'on approfondit l'analyse, ce n'est pas tant à cause de cette appartenance que la règle s'applique: c'est à raison du fait que, dans les situations engendrant les actes constitutifs de cette catégorie, il apparaît que le fondement ultime de ces règles justifie qu'elles s'appliquent à ces actes.

Or le juge, et à sa suite la doctrine, ont pris l'habitude, comme cela arrive souvent, d'imputer le déclenchement de la procédure contradictoire non à son fondement mais directement ou exclusivement à la présence de la catégorie où elle s'appliquait habituellement. En conséquence, on s'est accoutumé à tenir la catégorie « sanction » pour la cause effective du déclenchement de la règle. Négligeant toute référence au fondement de la procédure et à l'homogénéité conceptuelle de la sanction, on a aggravé l'erreur en traitant la catégorie « sanction » comme une notion de régime.

Cela a débouché sur de graves désordres théoriques lorsque le fondement de la procédure contradictoire a évolué: dès lors que ce fondement eut débordé la catégorie sanction, ce n'aurait plus dû être le caractère sanctionnateur ou non de la mesure qui devait déclencher l'application de la règle, mais sa seule gravité. Ne voulant pas consacrer cette évolution par une décision de principe, mais préférant agir subrepticement sans abandonner explicitement la distinction police-sanction, le juge a continué, à propos des actes pris en dehors des services publics, à procéder comme si le fondement de la procédure contradictoire était intrinsèquement lié par nature à la notion de sanction. Cela lui a évité de faire basculer d'un seul coup toutes les mesures individuelles de police assez graves dans le champ d'application de la procédure contradictoire; mais cela l'a contraint de qualifier les mesures litigieuses en fonction de sa seule volonté de leur refuser ou de leur accorder selon le cas le bénéfice de cette garantie; c'est là le type même de l'attitude

fonctionnelle qui brouille toutes les pistes car la méthode de l'analyse logique juridique est entièrement faussée.

2. Tout d'abord, la cause et l'effet permutent leurs rôles: ce n'est pas tant parce que tel acte relève par nature de la police qu'il échappe à la procédure contradictoire; mais c'est parce que, pour telle ou telle raison, le juge veut le soustraire à celle-ci qu'il le qualifie comme acte de police²⁷. Inversement, ce n'est pas tant parce que l'acte révèle une sanction que le juge le soumet à la procédure contradictoire, mais parce que, sensible ici ou là aux risques d'arbitraire ou à la gravité de la mesure, il estime opportun qu'il soit assorti de cette garantie²⁸.

— Dans ces conditions il n'est plus possible, en second lieu, de chercher à vérifier la valeur des critères proposés par la doctrine pour opérer la distinction police-sanction: non seulement la différence conceptuelle des deux notions n'empêche pas que subsiste une

27 Par exemple, dans l'arrêt *Ville d'Alès* (précité), il se peut que le Conseil d'Etat ait estimé opportun de laisser à l'autorité de police le pouvoir de prononcer certaines sanctions contre des commerçants trop tapageurs, dès lors que ces sanctions ne lui paraissent pas trop lourdes (exclusion pendant trois mois du marché municipal); la mesure a donc pu être qualifiée d'acte de police sans doute parce qu'elle n'était qu'une sanction relativement légère et que, grâce à cette qualification, le juge autorise indirectement une violation du principe « Nulla poena sine lege » et se laisse les moyens, le cas échéant, de contrôler l'adaptation de l'objet aux motifs (V. à cet égard, T.A. Nantes 11 mai 1970, *Delage, Rec.*, p. 832: annulation de la mesure d'exclusion, car elle était hors de proportion avec les nécessités du maintien de l'ordre). Au contraire, lorsque l'on ne se situe plus dans le domaine de la police municipale, la qualification de mesure de police peut résulter du souci d'étendre la compétence discrétionnaire de l'administration: c'est sans doute dans cette intention que le Conseil d'Etat n'a pas qualifié de sanction la mise en demeure faite à une école dentaire privée d'améliorer son enseignement dans un délai d'un an, faute de quoi elle perdrait le droit de délivrer le diplôme de chirurgien-dentiste (C.E. 29 juin 1960, *Ministre de l'Education nationale c. Ecole de chirurgie dentaire et de stomatologie et Ecole dentaire française* (2 arrêts), *Rec.*, p. 427). (Dans le même sens, AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. II, p. 318, § 1134).

28 C'est sans doute ce qui explique que pour deux mesures exactement identiques, la procédure contradictoire ait été déclarée obligatoire dans un cas mais pas dans l'autre: C.E. 14 janvier 1955, *Caquant, Rec.*, p. 27: retrait d'autorisation donnée à une colonie de vacances qui ne « fonctionnait plus dans des conditions régulières »: « eu égard aux motifs (...) et à la gravité de la mesure » le requérant devait être mis à même de discuter les griefs; dans cette espèce, on remarque que le juge prend soin de ne pas qualifier ce retrait; C.E. sect. 12 juin 1959, *Ministre de la Santé publique c. Prat-Flottes* (Rec., p. 361): fermeture d'un sanatorium qui ne se conformait plus aux dispositions du Code de la Santé publique: « eu égard à la nature » de cette fermeture — qui n'est pas précisée explicitement — aucun principe général du droit n'imposait d'entendre le requérant; (V. dans un même domaine, C.E. sect. 7 janvier 1955, *Association « La chaumière des pastourelles »*, Rec., p. 11: retrait d'une autorisation accordée à une maison d'enfants à caractère sanitaire; l'acte est implicitement considéré comme une sanction, semble-t-il). Le refus d'inscription sur une liste professionnelle ou le refus d'agrément professionnel peut ou non être considéré comme une sanction (V. C.E. sect. 4 mai 1962, *Dame Ruard, A.J.D.A.* 1962, p. 420, chronique GALABERT et GENTOT; Rec. p. 296; — 26 janvier 1973, *Lang, Rec.*, p. 73 et C.E. 12 décembre 1953; de Bayo, R.P.D.A. 1954, p. 3,

frange d'incertitude assez large, mais encore, le droit positif, dès lors que la délimitation est fonctionnelle, ne peut plus fournir un étalon fiable auquel on pourrait confronter ces critères. L'utilisation fonctionnelle d'une notion aboutit en effet à lui donner une configuration dont on ne peut plus par définition cerner le principe d'unité; par là, plus une notion devient fonctionnelle, plus son unité conceptuelle initiale devient impalpable. La notion, en tant que telle, finit même par perdre toute réalité juridique²⁹.

C'est pourquoi, enfin, cette confusion générale a même conduit certains auteurs à nier toute différence conceptuelle entre sanction et police afin de mieux plaider en faveur d'une extension à cette dernière de la procédure contradictoire³⁰.

Pour tenter de clarifier la question, il nous reste à montrer que les critères retenus par le droit positif tendent moins, en conséquence, à distinguer la police de la sanction que, plus exactement, à délimiter les cas d'application de la procédure contradictoire.

B. LES CRITERES DE DELIMITATION DES CAS D'APPLICATION DE LA PROCEDURE CONTRADICTOIRE

198. — 1. La délimitation des cas d'application de la procédure contradictoire présente un tracé sinusoïdal reflétant l'ambiguïté entretenue par le juge à propos du fondement de ce principe général du droit. Ce tracé suit donc la résultante de deux vecteurs dont la force respective varie en fonction des hypothèses. Le vecteur originaire — qui est le principe de distinction conceptuelle entre police et sanction — reste la force déterminante, du moins lorsque la nature de l'acte apparaît, au regard de ce principe, relativement indiscutable³¹. Lorsque la mesure se situe dans la zone d'incertitude ou d'ambivalence, le second vecteur — qui est la gravité de la mesure — peut alors intervenir plus ou moins intensément ou expressément : le juge ne se prononce plus, en ce cas, en fonction de « la nature » de l'acte; ou, s'il invoque celle-ci, il ne la précise pas; aussi bien le juge doit-il, pour éclairer la portée de cette clause de style, faire appel à la « gravité de la mesure », ou à la « gravité de ses motifs » ou encore de ses « conséquences » ou à plusieurs de ces éléments à la fois³². Par contre, la gravité de la

concl. Chardeau; A.J.D.A. 1954, II, p. 138, note J. de Soto; A.J.D.A. 1954, II bis, p. 2, chronique GAZIER et LONG; la différence de traitement de ces décisions s'explique, à notre sens, non par leur différence de nature, mais par la différence des motifs invoqués dans chaque affaire (V. *infra*, n° 198 in fine).

²⁹ Pour une description de ce type de processus et de ses conséquences, V. P. WEIL, *Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ?*, article précité, p. 285.

³⁰ V. MOURGEON, *op. cit.*, notam. p. 65, § 50 et note 118.

³¹ C'est le cas, par exemple, en matière d'internement administratif (actes de police) ou de mesures d'épuration administrative (sanctions).

³² L'exemple-type est fourni par l'arrêt *Dame Ruard* précité. V. aussi C.E. sect. 8 novembre 1963, *Ministre de l'agriculture c. Lacour*, Rec., p. 532 (1^{re}

mesure et même sans doute sa nature ne jouent plus aucun rôle lorsque la Haute Assemblée estime que l'importance des intérêts publics en jeu exigent que ceux-ci prévalent sur toute considération de bonne procédure³³. Il n'en va autrement que lorsqu'il peut rattacher la mesure litigieuse à la catégorie des actes pris au sein des services publics, auquel cas il relève que la décision a été prise « en considération de la personne »³⁴.

2. On comprend par conséquent qu'il ne peut y avoir un critère de délimitation, mais simplement un faisceau d'indices permettant de penser que le juge appliquera ou non la procédure contradictoire³⁵.

— Ce faisceau est naturellement constitué, en premier lieu, de l'ensemble des indices, étudiés plus haut, que la doctrine a proposés comme critères de distinction entre police et sanction; presque tous peuvent être partiellement valables; aucun ne présente à lui seul, on l'a montré, une valeur absolue; c'est la raison pour laquelle ils doivent souvent se corroborer mutuellement. Ce faisceau d'indices comprend en outre divers autres éléments.

— Ainsi le contenu matériel de l'acte peut être révélateur : une amende par exemple doit toujours être précédée de la procédure contradictoire car elle constitue nécessairement une sanction; en effet une telle mesure n'est pas en soi susceptible de rétablir directement l'ordre public³⁶. Il en va de même des mesures dont le contenu matériel n'entretient aucun rapport logique ou nécessaire avec la situation de fait qui les motive : le retrait de permis de conduire en cas de fraude fiscale ne peut être qu'une sanction car

espèce); A.J.D.A. 1964, p. 28 et 57, chronique FOURRÉ et PUYBASSET; D. 1964, III, p. 492, note MAESTRE.

³³ Ainsi lorsque l'Etat est en crise, le Conseil d'Etat apparaît plus soucieux de défendre l'ordre étatique que les libertés individuelles elles-mêmes. (V. D. LOSCHAK, *op. cit.*).

³⁴ V. à cet égard la différence de traitement entre une mesure mettant fin à un détachement en Algérie d'un fonctionnaire prise par le gouverneur général d'Algérie sur le fondement du décret du 17 mars 1956 et qui est une mesure de police (C.E. 21 juin 1961, *Smir*, Rec., p. 421; A.J.D.A. 1961, p. 567; V. aussi T.A. Oran 18 juillet 1961, *Donain*, A.J.D.A. 1961, p. 706, concl. Petit-demange; C.E. 17 juin 1964, *Yvanes*, Rec., p. 336) et une mise en « congé spécial » prononcée contre un officier pour des motifs et dans un but analogue sur le fondement d'un décret pris sur la base d'une décision du Président de la République édictée dans le cadre de l'article 16 de la Constitution; une telle mesure a été jugée comme ayant été prise en considération de la personne (C.E. 23 octobre 1964, *d'Ornano*, D. 1965, p. 9, note RUIZ; R.D.P. 1965, p. 282, concl. Michel Bernard; A.J.D.A. 1968, p. 684, chronique PUYBASSET et PUISOCHER). Sur cette différence, V. les conclusions de M. Fournier sur C.E. sect. 17 juin 1966, *Malavialle*, R.D.P. 1966, p. 973 et 1152, et la note de M. BOURDONCLE sous cet arrêt au D.S. 1966, p. 85.

³⁵ C'est à ce type de méthode que recourt M. HOSTIOW, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral*, L.G.D.J. 1975, coll. Bib. D. Pub., T., p. 97 et s. V. aussi dans le même sens, M. STASSINOPoulos, *op. cit.*, p. 100 et s.

³⁶ C.E. 4 novembre 1942, *S.A. des coffres-forts Bauche*, Rec., p. 303; S. 1943, p. 109, note LIET-VEAUX; C.E. sect. 2 avril 1954, *Donnier*, Rec., p. 216; C.E. 16 février 1962, *Percy du Sert*, Rec., p. 112; R.D.P. 1962, p. 1174, note WALINE.

elle n'est nullement de nature à rétablir l'ordre qui serait éventuellement troublé par la fraude³⁷.

— L'objet juridique de l'acte apporte aussi certaines indications : en principe, une interdiction constitue une mesure de police dans la mesure où elle se présente comme l'application d'un acte prohibitif à portée générale et impersonnelle aux personnes abstraitement définies par ce dernier ; la simple individualisation d'un règlement d'interdiction ne peut en effet s'analyser comme une sanction puisque celle-ci doit, par définition, procéder d'une faute subjective, appréciée cas par cas. L'interdiction demeure en principe un acte de police même lorsque l'autorité jouit d'un pouvoir discrétionnaire assez large pour apprécier des données objectives propres à telles personnes³⁸. Il en va de même pour un refus d'autorisation ou d'agrément, parce qu'il n'y a pas privation d'un droit antérieurement reconnu³⁹. Cependant, le juge peut traiter de telles décisions comme des sanctions lorsqu'elles portent atteinte à l'activité professionnelle des intéressés : il semble alors que le juge soit en fait sensible à la gravité qu'elles revêtent pour ces personnes⁴⁰. Le retrait d'une autorisation, au contraire, s'analyse plus volontiers comme une mesure justifiant le respect des droits de la défense car c'est a priori une faute de l'intéressé qui motive le changement d'attitude

37 Code général des Impôts, art. 1750-5 ; V. aussi pour le retrait d'agrément d'un expert en raison de l'attitude qu'il avait eue pendant l'occupation : C.E. 5 mai 1950, *Vérot*, Rec., p. 263 ; (V. aussi C.E. 1^{er} juin 1953, *Jancelin*, Rec., p. 253 : retrait d'agrément pour le ramassage d'huile d'olives).

38 C.E. sect. 2 novembre 1956, *Société coopérative laitière de Hermes* (Rec., p. 402) : interdiction par le préfet de police de la vente d'un lait dangereux pour la santé publique ; T.A. Paris 2 juillet 1969, *Société « Librairie Maspero »* (Rec., p. 646) : l'interdiction par le Ministre de l'Intérieur de la circulation, la distribution et la vente d'une publication jugée subversive n'a pas à être précédée de la communication des griefs. Une interdiction peut néanmoins être une sanction ; c'était le cas dans l'affaire *Richoux* (précitée) : en dehors du retrait de l'agrément d'exploitant d'une auto-école, le préfet avait pris une mesure — retirée par la suite — interdisant au requérant de se présenter aux épreuves du certificat d'aptitude (cf. la note de M. AUBY, dans R.D.P. 1976, p. 360). Pour un autre exemple d'interdiction dont le prononcé avait été précédé de la procédure contradictoire, V. T.A. Paris 22 décembre 1965, *Société dite « Office des annuaires »*, Rec., p. 805.

39 C.E. 3 mai 1950, *Caudrillier*, Rec., p. 245 : refus, pour une nouvelle campagne de commercialisation d'huile d'olives, d'accorder à tel commerçant la qualité d'organisme stockeur ; l'agrément n'étant accordé que pour une campagne, le refus de renouveler l'agrément ne peut s'analyser en un retrait. V. aussi C.E. 15 juillet 1957, *Société mutuelle immobilière et sieur Roqueplo*, A.J.D.A. 1958, I, p. 6, concl. Grévisse et p. 41 ; C.E. sect. 14 juin 1967, *Santucci*, Rec., p. 251 ; C.E. 31 janvier 1973, *Société civile agricole d'élevage et d'insémination artificielle de Charente maritime et sieur Beauseigneur*, Rec., p. 79 ; Dr. Rural 1973, p. 453, note J. CHEVALLIER.

Il n'en irait différemment, comme nous le montrons au texte, que si le refus d'agrément présentait une gravité particulière soit à raison de ses motifs, soit à raison de ses conséquences.

40 T.A. Paris 22 décembre 1965, *Société dite « Office des annuaires »*, Rec., p. 805. V. aussi les arrêts *Rohmer*, *Faist* et *Ruard* précités. Dans ce sens, V. concl. Labetoulle sur C.E. sect. 7 avril 1975, *Bouché*, R.D.P. 1975, p. 1140 ; note Fr. MODERNE précité dans Dr. Social 1976, p. 459.

de l'administration⁴¹. Il n'en va autrement que si le fait nouveau est étranger à la conduite subjective de l'intéressé ou à la volonté de l'administration, auquel cas il s'agit d'un acte insusceptible d'être précédé de la procédure contradictoire⁴², mais cette exception ne vaut pas toujours car des faits ou des « griefs », bien que personnels aux destinataires de certaines mesures, ne sont jamais admis comme les motifs d'une sanction⁴³. Un retrait d'autorisation peut aussi se voir traité comme une mesure de police si son octroi était illégal⁴⁴ ; la gravité de l'acte résultant de l'atteinte à l'activité professionnelle n'est plus alors prise en compte, surtout lorsqu'est en cause un élément essentiel de l'ordre public ne supportant, dans l'esprit du juge, aucune complication procédurale⁴⁵.

— Le contenu du motif invoqué s'avère quelquefois déterminant, indépendamment de la nature réelle de l'acte : ainsi, si cet acte met en cause l'honorabilité de son destinataire, le juge considère comme étant indispensable de mettre ce dernier en mesure de se justifier contre de telles allégations, même lorsque l'acte procédait moins de l'intention de punir que celle de protéger les autres administrés contre les agissements d'une personne jugée dangereuse⁴⁶. Mais, inversement, on peut se demander s'il n'existe pas en

41 C.E. sect. 8 novembre 1963, *Ministre de l'Agriculture c. Lacour et c. Société coopérative d'insémination artificielle* (2 arrêts), Rec., p. 532 (retraits d'agréments professionnels).

42 T.A. Caen 3 juillet 1956, *Savary*, Rec., p. 562 : retrait du permis de conduire pour survenance d'une incapacité physique (en réalité les textes imposent la consultation d'une commission médicale : V. C.E. sect. 24 octobre 1969, *Ministre de l'Équipement c. Goujeon* (Rec., p. 457) et V. J. BUISSON J.-Cl. A., Fasc. 207) ; V. aussi par exemple, C.E. 9 juillet 1973, R.D.P. 1976, p. 382 : retrait d'un permis de stationnement de voitures de remise en raison des exigences de la circulation.

43 Ainsi pour les expulsions d'étrangers (mais il existe ici un texte), les interdictions administratives, les exclusions temporaires des halles de marchés, les interdictions de pénétrer dans les champs de courses qui constituent, semble-t-il, des blocs jurisprudentiels en fonction desquels le juge ne considère jamais ces mesures comme des sanctions.

44 C.E. 20 février 1953, *Cosie-Savours*, Rec., p. 86 (retrait dans les deux mois d'une licence d'officine pharmaceutique illégalement accordée) ; c'est aussi un acte de police si son maintien avait été dès l'origine subordonné à la non-réalisation d'une condition : C.E. 7 mars 1969, *Association touristique des cheminots*, Rec., p. 141.

45 C.E. 2 février 1957, *Dupé*, Rec., p. 77 : retrait, après deux mois, de l'autorisation, illégalement accordée à un armurier, de fabriquer des armes et des munitions en A.O.F. ; C.E. sect. 2 novembre 1956, *Société coopérative laitière de Hermes* (précitée) : interdiction — légalement prononcée en méconnaissance des garanties procédurales instituées par un texte — de la vente d'un lait dangereux pour la santé publique.

46 V. les espèces *Rohmer* et *Faist* (précitées), l'interdiction faite à deux personnes, plus ou moins indélicates, d'exercer la profession « d'agent d'affaires » en matière immobilière nous semble davantage être une mesure de police, destinée à protéger les tiers, qu'une sanction ; il n'empêche, bien entendu, que c'est à bon droit que le Conseil d'État a déclaré obligatoire le respect de la procédure contradictoire ; V. aussi l'arrêt *Ruard* précité, note 28, à propos d'une affaire dans laquelle l'honorabilité de la requérante était mise en cause, et dans le même sens, C.E. 16 juin 1978, *Com. de Villeurbanne c. dame Pignol*, R.D.P. 1979, p. 572.

ce domaine, comme en matière de responsabilité, une jurisprudence dite des « victimes intéressantes », en ce sens que l'honorabilité de certaines personnes semble mériter moins d'égards que celle de certaines autres⁴⁷.

— La durée pendant laquelle la mesure prend effet ou la façon dont elle est déterminée constitue également un indice : « l'autorité de police ne [pouvant] prendre que les mesures strictement nécessaires à la suppression du trouble causé à l'ordre public », une mesure définitive ou dont la durée est *a priori* déterminée est en principe une sanction⁴⁸ ; en effet, au moment où l'administrateur prend sa décision, il ne peut généralement pas savoir combien de temps durera le trouble auquel il entend mettre fin ; s'il fixe à ce moment la durée exacte de la fermeture ou de l'interdiction, il y a toutes les chances qu'il veuille proportionner cette durée non à celle des troubles qu'il faut empêcher mais à la seule gravité d'une faute qu'il veut réprimer⁴⁹ ; au contraire, s'il décide que la mesure prendra effet aussi longtemps que l'ordre ou ses conditions ne seront pas rétablis, il doit s'agir d'une mesure de police⁵⁰. Mais ce n'est là qu'un indice à combiner avec d'autres : des mesures à durée déterminée à l'avance peuvent parfaitement être des actes de police lorsque l'autorité juge qu'au delà d'un certain délai l'ordre sera probablement rétabli, quitte, sinon à proroger la décision ou à la renouveler⁵¹ ; des décisions définitives peuvent également s'analyser comme des mesures de police s'il apparaît, dès leur intervention, que les conditions de l'ordre public ne seront plus jamais réunies⁵². Les mesures conservatoires, qui valent jusqu'à ce que l'organe chargé d'apprécier l'opportunité d'une sanction se soit prononcé ou, à défaut, jusqu'à un terme fixé à l'avance, ne font pas non plus l'objet d'une procédure contradictoire ; cela ne se justifie que dans la mesure où elles sont destinées à parer à une situation d'urgence ; mais, compte tenu de la façon dont leur durée est déterminée, il peut arriver qu'elles comportent des effets plus longs que les sanctions elles-mêmes, c'est-à-dire qu'elles soient en fait plus graves que

47 Celle des étrangers notamment, V. J.-Ph. COLSON, *Le Conseil d'Etat et les travailleurs immigrés*, Dr. Social 1975, p. 445. V. aussi à cet égard, la rédaction assez révélatrice des textes et des arrêts relatifs aux expulsions de champ de courses (V. p. ex. les arrêts *Canderatz*, C.E. 3 décembre 1947, Rec. p. 456 et *Ablon*, C.E. 30 janvier 1948, Rec., p. 52). V. aussi, en matière d'interdiction de séjour, C.E. 2 mars 1979, *Sieur L.*, A.J.D.A. mai 1979, p. 74, chronique.

48 456 et *Ablon*, C.E. 30 janvier 1948, Rec., p. 52).

49 C.E. 30 septembre 1960, *Jauffret*, R.D.P. 1961, p. 828, note WALINE ; V. aussi Ch. HEN (*op. cit.*, p. 336) qui utilise aussi « le critère de la durée », mais de façon contestable à notre avis. L'arrêt *Richoux* précité fait indirectement ou en partie une application de cet indice de la durée.

50 V. par exemple, C.E. 10 janvier 1962, *Riveccio*, Rec., p. 15.

51 V. en ce sens, note WALINE précitée.

52 C.E. 20 janvier 1954, *Guilleminot*, Rec., p. 40 : fermeture pour trois mois d'un lieu de débauche : acte de police.

53 En cas de retrait de permis de conduire pour incapacité physique, par exemple : C.E. sect. 24 octobre 1969, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Goujeon*, Rec., p. 457.

celles-ci sans cependant être assorties des mêmes garanties procédurales⁵³ ; ce paradoxe ne serait acceptable que si l'urgence constituait la seule exception au principe dont nous souhaitons l'extension.

Si tel peut être le système d'identification des cas dans lesquels la procédure contradictoire est ou non appliquée, cela ne nous apporte que bien peu de choses sur les limites et le contenu de la notion de police : nous savons simplement qu'une distinction conceptuelle existe bien entre sanction et police, mais nous n'avons pas découvert le critère de cette distinction en droit positif, parce que le problème ne se pose pas dans ces termes. Cependant, même si ces deux notions doivent et peuvent être assez facilement distinguées dans certaines espèces, il est apparu, dans d'autres, qu'un « pouvoir de police » donne le droit, le cas échéant, de prononcer des sanctions. Doit-on en conclure qu'il existe, au sein de la notion de police, d'un côté des actes de police proprement dits — ceux que nous avons essayé de différencier de la sanction — et, d'un autre, des sanctions de police, autre espèce particulière parmi l'ensemble des actes de police ? Cette perspective conduirait à admettre que ces actes de police proprement dits n'épuisent pas toute la notion de police ; mais il faudrait encore découvrir la nature de leurs rapports avec cette notion et les autres normes de police, telles ces sanctions de police. Il faudrait aussi découvrir la nature de la police dans son ensemble, ce que nous n'avons pas réussi à faire en nous penchant sur les théories existantes des fonctions de l'Etat et de l'administration. Avant de nous lancer dans cette entreprise, sur d'autres bases, il faut achever l'exploration des frontières de la notion de police en droit positif, en particulier celles qui la distinguent des activités matérielles de l'administration.

53 V. sur ce point, en matière de suspension de permis de conduire prononcée à titre conservatoire : C.E. 21 décembre 1954, *Pis*, concl. Heumann, D. 1957, p. 75 et C.E. 25 janvier 1957, *Forestier*, R.D.P. 1957, p. 662 et s., note WALINE : la suspension conservatoire peut être d'un mois et la sanction de huit jours.

SOUS-TITRE II

POLICE ADMINISTRATIVE ET ACTIVITÉS MATÉRIELLES

199. — Contrairement à ce que l'on a dit trop souvent, la police administrative n'est pas seulement un pouvoir de réglementation ou de prescription : la distinction entre police judiciaire et police administrative a fait apparaître, par les exemples étudiés, que cette dernière exécute une quantité d'actes matériels. Mais, parmi les actes matériels qu'accomplit la police administrative, il en est certains qui n'ont pas à être distingués de la police judiciaire — car le problème ne se pose pas —, mais qui doivent l'être par rapport à d'autres activités matérielles de l'administration constituant des catégories juridiques spécifiques. Or la distinction entre ces catégories et la notion de police n'est pas toujours évidente. Il en va ainsi, tout particulièrement, à propos des notions de travail public et de service public en tant qu'activités matérielles. C'est maintenant par rapport à ces deux catégories prises comme exemples que nous voudrions poursuivre cette tentative d'identification de la notion de police administrative.

Chapitre I : Police administrative et travail public.

Chapitre II : Police administrative et service public.

CHAPITRE I

POLICE ADMINISTRATIVE ET TRAVAIL PUBLIC

200. — Après avoir constitué un des procédés de la fonction de police de l'Ancien régime et de la police municipale dans la période post-révolutionnaire¹, le travail public s'est peu à peu détaché de la notion de police et ne semble plus de nos jours, au moins à première vue, entretenir des rapports très étroits avec la forme contemporaine de cette notion. La recherche de leur critère de distinction ne s'imposerait donc pas.

En réalité, les occasions de confusion apparaissent fréquentes (A), mais si l'intérêt de la distinction se révèle fondamental (B), le critère de celle-ci est difficile à formuler (C).

A. LES POSSIBILITES DE CONFUSION ENTRE LES DEUX NOTIONS

201. — Les possibilités de confusion ressortent dès que l'on observe que la police peut accomplir des actes qualifiables de travaux publics.

« La police municipale, dispose l'article 97 de la loi municipale de 1884 (art. L. 131-2 du Code des communes) comprend (...) tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, (...) ce qui comprend notamment le nettoyage, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine - (paragraphe 1^o) (...), le soin de prévenir par des précautions convenables et de faire cesser (...) les accidents et les fléaux calamiteux, tels que les incendies, les inondations, les rupture de digues ainsi que les pollutions de toute nature, les

¹ V. *supra*, Introduction de la 1^{re} Partie, n° 39 et Titre I, Chapitre I, Section I, § 2 A, n° 48.

éboulements de terres ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels (paragraphe 6°)... »².

D'autres lois, dites de police spéciale, instituent également depuis longtemps des pouvoirs d'injonction ou d'exécution d'office à l'effet de réaliser certains travaux : citons seulement la loi du 21 juin 1898 relative à la police rurale, la loi du 15 février 1902 relative à la police des immeubles insalubres, la loi du 31 décembre 1913 relative aux monuments historiques, la loi du 15 mai 1930 relative à l'assainissement des voies privées, la loi du 28 avril 1945 (art. 6) permettant d'imposer aux propriétaires de forêts des travaux de débroussaillage afin d'éviter la propagation des incendies. Plus récemment, la loi du 22 juillet 1983 (art. 121, al. 2, et 122, al. 3) a conféré au maire et au président du Conseil général le pouvoir, en cas d'urgence, de faire exécuter d'office et aux frais de l'occupant du domaine, les travaux qu'ils jugeront nécessaires au maintien de la sécurité routière sur les voies dont la police leur appartient.

Sans préjuger de la qualité juridique des opérations exécutées en vertu de ces textes, il faut relever que certains travaux publics sont considérés comme réalisés dans des buts d'ordre public³, de salubrité, de sécurité, de tranquillité ou d'esthétique et que, pour cette raison, certains auteurs comme Hauriou les ont parfois classés parmi les opérations de police spéciale⁴.

La jurisprudence confirme l'imbrication des deux notions puisqu'elle fournit des espèces où des opérations de travaux publics ont pour but de forcer au respect de règles de police⁵ ou constituent

2 V. aussi les articles L. 131-7 et L. 131-8 du Code des communes (art. 101 et 102 du Code de l'adm. com.); V. à ce propos X. PRIOT, *L'article L. 131-7 du Code des communes*, Rev. Adm. 1981, p. 259 et s. V. également l'article R. 30-12° du Code pénal (art. 475-12° ancien : l'autorité de police peut requérir les particuliers sous les peines prévues pour leur imposer divers services ou travaux « dans des circonstances d'accident (...) inondations, incendies ou autres calamités (...) »); V. J.M. PONTIER, « Les calamités publiques », Sirey 1980, Coll. Connaissances municipales, 200 p. A noter que les pouvoirs reconnus aux maires par l'article 97 ne leur confèrent « le droit d'agir d'office qu'en cas d'urgence née d'un péril imminent »; V. C.E. sect. 20 juin 1980, *Com. d'Ax-les-Thermes*, Rec., p. 281; A.J.D.A. 1980, p. 527, chron. FEFFER et PINAULT. L'expression « ainsi que les pollutions de toute nature », que l'on trouve désormais dans le paragraphe 6° de l'article L. 131-2, y a été rajouté par la loi du 7 janvier 1983, art. 90.

3 C.E. 18 août 1831, *Cie des Ponts à Paris* (Rec., p. 333, cité par BELIN, *Recherches sur la notion d'utilité publique*, Thèse Paris 1933, p. 13): « L'ouverture d'une nouvelle voie de communication publique est un acte d'administration motivé sur des considérations d'ordre public et d'utilité générale ».

4 Voir *Droit administratif et droit public général*, 1899, p. 610 : le Doyen HAURIOU cite parmi les droits de police spéciale celui d'imposer ou d'effectuer en vertu de la loi du 4 avril 1882 le reboisement des terrains en montagne, car les terrains boisés retiennent l'eau, ce qui permet de lutter contre les inondations.

5 T.C. 26 novembre 1973, *Ville de Rueil c. « Les Hauts de Malmaison » S.C.I.*, Rec., p. 850; D.S. 1973, III, p. 373, note CHRISTINI; A.J.D.A. 1974, p. 314, note R. MOULIN : la décision du maire de faire établir des barrières et de faire disposer des blocs de ciment en travers d'un chemin rural apparte-

l'exécution d'office de mesures de police⁶; elle donne aussi des exemples dans lesquels des règlements de police sont destinés à faciliter l'exécution de travaux publics⁷ ou, même, à éviter certains travaux publics⁸.

B. L'INTÉRÊT DE LA DISTINCTION DES DEUX NOTIONS

202. — La distinction des deux notions présente un intérêt pratique essentiel puisque les régimes juridiques des deux activités diffèrent assez profondément : avant 1953, la compétence juridictionnelle en matière de travaux publics appartenait toujours en premier ressort au Conseil de préfecture ; de nos jours encore, la règle de la décision préalable et celle du délai de deux mois pour introduire un recours ne jouent pas en ce domaine⁹; le système de la responsabilité est également différent car si la victime est usager de l'ouvrage public, elle bénéficie de la théorie du défaut d'entretien normal ou, si elle est tiers, de la responsabilité sans faute, alors que la victime d'une opération ou d'un acte matériel de police ne peut invoquer en principe (sauf application de la théorie des choses et activités dangereuses ou texte spécial) qu'une faute — simple ou lourde selon les cas —, faute dont elle devra en toute hypothèse prouver l'existence; cette dernière différence implique, par conséquent, que les cas d'exonération de responsabilité ne sont pas non plus les mêmes. Enfin, la charge du coût de l'opération ou de ses conséquences dommageables n'incombe pas nécessairement aux mêmes patrimoines — publics ou privés — selon qu'il s'agit d'une opération de police ou de travaux publics.

C. LA DIFFICULTÉ DE DISTINGUER LES DEUX NOTIONS

203. — L'importance des effets qui s'attachent à la qualification¹⁰ de l'acte est telle que le critère de distinction entre les deux

nant au « domaine communal » en application d'un arrêté municipal interdisant la circulation de certains véhicules trop lourds, a été pris « dans l'exercice du pouvoir qui appartient à l'administration de réglementer la circulation sur la voie publique et d'aménager celle-ci conformément à leur destination » (elle ne constitue donc pas une voie de fait).

6 V. par ex. : C.E. 24 janvier 1936, *Mure*, analysé *infra*, p. 205 et 210.

7 V. par ex. : C.E. 21 janvier 1972, *Sté « Rapides Côte d'Azur »*, Rec., p. 72.

8 Si l'on peut anticiper sur la question de leur nature, on peut ici citer les mesures de barrière de dégel, évitant les travaux permettant aux voies considérées d'être utilisées par des poids lourds même en période de dégel.

9 Voir D. 11 janvier 1965, art. 1^{er} et J.M. AUBY et R. DREAU, *op. cit.*, § 1295.

10 Il ne faut pas confondre le problème de la qualification de l'acte avec celui de la détermination de la cause du préjudice : ainsi, en cas de « modifications apportées à la circulation générale et résultant soit du changement effectué soit dans l'assiette ou dans la direction des voies publiques, soit de la création de voies nouvelles », il ne saurait y avoir lieu à indemnisation en vertu d'une jurisprudence critiquée mais constante (voir p. ex. C.E. 26 mai 1965, concl. Braibant : Rec., p. 305 et C.E. sect. 2 juin 1972, *Sté des bateaux de la « Côte d'Émeraude dite « Les vedettes blanches »* :

notions risque de ne pas être neutre, mais au contraire fonctionnel ou téléologique¹¹, c'est-à-dire déterminé par l'intention du juge ou du requérant de situer le terrain le plus favorable.

L'élaboration très poussée du droit des travaux publics, l'ancienneté des solutions admettant un système de responsabilité très protecteur des victimes de ces opérations, la volonté — avant 1953 — de désencombrer le rôle du Conseil d'Etat expliquent le caractère attractif de la notion de travail public¹² et, par là-même, la disqualification de certaines activités qui, selon certains, auraient dû relever de la police¹³. Mais cette supériorité du droit des travaux publics ne justifie pas, sur un plan rationnel, toutes ces disqualifications et nombre de classifications apparaîtraient arbitraires ou incompréhensibles¹⁴ si l'on se bornait à invoquer ces raisons. Il faut aller plus avant pour rendre compte des incohérences que ce carac-

R.D.P. 1973, p. 497, note WALINE; V. aussi M. AUFRET et J. CAILLOSSE, *La responsabilité administrative du fait des dommages commerciaux résultant de l'aménagement du réseau routier*, A.J.P.I. 1977, p. 17; mais si, au lieu d'incriminer directement les travaux, l'on s'attache à la mesure de police interdisant la circulation dans une voie faisant l'objet de ces travaux, il devient possible — si les conditions générales de la responsabilité administrative sont réunies — d'obtenir réparation du préjudice: C.E. 7 avril 1967, *Commune de La Roque Gageac*: Rec. T., p. 721; — 21 janvier 1972, *Sté Rapide Côte d'Azur* précité. V. aussi la note de M. WALINE sous C.E. Ass. 20 octobre 1972, *Marabout* (R.D.P. 1973, p. 833) qui souligne l'importance de la distinction. Pour un autre exemple illustrant l'utilité de la distinction entre le problème de la qualification de l'acte et celui de la détermination de la cause du préjudice, V. C.E. 27 novembre 1974, *Commune de Villenave d'Ornon c. sieur Bayens*: Rec., p. 586; D.S. 1976, III, p. 100, note M. BELLANGER.

11 V. Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, notam. p. 247.

12 Voir AUBY et DRAGO, 1^{re} éd., T. II, p. 55.

13 PERRINJAQUET (*op. cit.*, p. 183) déplorait qu'en cas d'insuffisance de mesures matérielles de police, le Tribunal des Conflits (au XIX^e siècle, les opérations matérielles de police municipale relevaient du juge judiciaire) ait consacré la compétence administrative « sous prétexte du lien indivisible avec des opérations de travaux publics », par exemple en cas de défaut de surveillance et d'inexécution de mesures de sûreté nécessaires à raison de l'état des voies publiques: T.C. 17 avril 1886, *O. Corrol*, S. 1888, III, p. 10; — 11 juillet 1891, *Lagrave*, S. 1893, III, p. 81, note HAURIU; — 18 novembre 1893, *Bérard*, S. 1895, III, p. 91; — 8 décembre 1894, *Poirier*, S. 1896, III, p. 156 (ces solutions étaient au contraire généralement approuvées par HAURIU qui défendait pourtant une notion extensive de la police).

14 Le refus du permis de bâtir opposé à un propriétaire parce que la ville ne voulait pas payer une indemnité d'expropriation augmentée de la valeur de l'édifice à construire a été considéré comme un dommage de travaux publics, alors qu'il s'agissait d'un détournement de pouvoir dans l'intérêt financier (C.E. 18 mars 1868, *Labille*, Rec., p. 304; D. 1870, III, p. 20 et 69; — 18 juillet 1873, *Lemarié*, D. 1874, III, p. 91; — 11 juillet 1879, *Ville d'Alger*, D. 1880, III, p. 18; — 5 avril 1889, *Ville de Pamiers*, D. 1890, III, p. 72, cités par PERRINJAQUET, *op. cit.*, p. 91-92). V. aussi à propos du refus de permis de construire: C.E. 22 mars 1938, *Ville de Lille*, Rec., p. 204; le retrait d'une permission de voirie motivé par l'exécution de travaux a été considéré comme un dommage de travaux publics: C.E. 18 mars 1959, *Hoppe*, Rec., p. 184; de même l'interdiction par le préfet d'exploiter une mine située près d'une voie ferrée: C.E. 12 juillet 1929, *Administration des chemins de fer de l'Etat*, Rec., p. 721; l'effondrement d'un pont tournant qui était en réparation à la suite de son envahissement par une foule que

rière attractif de la notion de travail public fait subir à celle de police administrative.

Pour trouver un critère de distinction, on pourrait chercher à déterminer si la définition du travail public s'applique à la situation considérée: s'agit-il ou non d'un travail immobilier exécuté soit pour le compte d'une collectivité publique dans un but d'utilité générale, soit pour la réalisation d'une mission de service public? ¹⁵

Mais cette méthode ne résoudrait pas tous les problèmes: outre qu'elle ne donne qu'un critère nécessairement négatif ou résiduel de la notion de police administrative, elle suppose résolue de façon certaine la question de la nature de service public de la police. Elle risque aussi de fausser les données du problème car il n'est pas *a priori* nécessaire que les deux notions, quoique distinctes, doivent s'exclure mutuellement dans une même situation donnée. Elle présente surtout l'inconvénient de ne pas couvrir toutes les situations possibles, dans la mesure où les litiges ne portent pas toujours sur l'exécution effective d'un travail immobilier mais aussi sur son inexécution. Or, dans certains cas d'inexécution d'un travail public, la responsabilité de l'administration est appréciée sur le terrain du droit des travaux publics, dans d'autres cas sur celui du droit de la police.

Pour toutes ces raisons, il ne semble guère possible de trouver ni même de chercher ici un critère de la notion de police permettant de la distinguer de celle des travaux publics. Il vaut mieux, pour tenter d'élucider leurs rapports, identifier les situations dans

la police n'avait pu contenir devait voir ses conséquences dommageables appréciées dans le cadre du droit de la police (C.E. 18 décembre 1926, *Mathieu*, Rec., p. 1073), tandis que l'absence de mesures de sécurité pour le fonctionnement d'un pont tournant peut causer un dommage de travaux publics (C.E. 2 juillet 1943, *Longuenesse*, Rec., p. 173). Les dommages imputables au service municipal d'enlèvement des ordures ménagères sont considérés comme des dommages de travaux publics (C.E. sect. 25 janvier 1935, *Loubal*, Rec., p. 110; — 22 décembre 1944, *Sté L'Abeille*, Rec., p. 332; R.D.P. 1946, p. 333, concl. Lagrange; — 23 décembre 1970, *Commune de Bessègues*, Rec., p. 790), alors que l'absence de mesures de la maire propres à éviter les dommages causés par les conditions dans lesquelles sont enlevées les ordures ménagères constitue une carence de police (C.E. 1^{er} octobre 1971, *Association Alba Stella*, Rec. T., p. 953); le défaut d'éclairage d'un obstacle peut tout aussi bien être considéré comme un défaut d'entretien normal de l'ouvrage public (C.E. 24 janvier 1964, *Tallec*, Rec., p. 44) que comme une carence de police (C.E. 2 février 1973, *Ministre de l'Équipement et Logement et Ville de Meudon c. Consorts Lemarois*, Dr. Adm. 1973, n° 107), etc.

15 Définition donnée par M. Tricot dans ses conclusions sur l'arrêt C.E. 12 avril 1957, *Mimouni*, D. 1957, p. 414. Il faudrait néanmoins y intégrer les précisions apportées par la jurisprudence *Entreprise Eugène Revert et époux Grenet* (C.E. 7 novembre 1958, Rec., p. 541; R.D.P. 1959, p. 596, concl. Heumann; A.J.D.A., p. 196, note GARDIES et C.E. 18 mai 1960, Rec., p. 340), selon laquelle il faut, lorsque le travail immobilier est exécuté pour la réalisation d'une mission de service public, qu'il le soit par l'intermédiaire d'une personne publique.

lesquelles le droit et la notion de police apparaissent concurremment avec le droit et la notion de travail ou d'ouvrages publics.

Deux hypothèses constituent un champ privilégié de recherches dans la mesure où les deux notions sont susceptibles de s'y rencontrer : celle des travaux immobiliers exécutés d'office sur des propriétés privées ; celle des carences de l'administration à exécuter certains travaux publics.

Section I : Nature juridique des travaux exécutés d'office.

Section II : Nature juridique des carences de l'administration à exécuter certains travaux publics.

SECTION I

NATURE JURIDIQUE DES TRAVAUX EXÉCUTÉS D'OFFICE

204. — L'autorité de police a le droit d'enjoindre à des particuliers d'exécuter certains travaux lorsque l'un des textes que nous avons cités plus haut trouve à s'appliquer¹⁶. Si ces travaux sont exécutés spontanément, il n'y a aucune raison de les considérer comme des travaux publics car ils ne répondent à aucun des deux critères de cette notion.

La difficulté surgit cependant lorsque l'administration, cherchant à pallier la carence du propriétaire, ou ne pouvant enjoindre une telle obligation à aucun propriétaire déterminé, exécute elle-même des travaux nécessités par les circonstances : sont-ils des travaux publics ou constituent-ils une opération matérielle de police administrative ?

De nos jours, le juge résout assez nettement cette question ; mais les raisons qui peuvent expliquer les solutions de la jurisprudence sont suffisamment délicates pour exposer d'abord ces solutions (§ 1) et les apprécier ensuite (§ 2).

§ 1. LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Des travaux immobiliers peuvent être exécutés d'office dans deux cas distincts : soit pour prévenir ou faire cesser une « calamité publique » dont la cause est extérieure à l'immeuble sur lequel porte ces travaux (A) ; soit pour parer au danger que fait courir l'état d'un immeuble en raison d'une cause qui lui est propre (B).

A. LES TRAVAUX EXÉCUTÉS D'OFFICE EN RAISON D'UNE « CALAMITÉ PUBLIQUE »

Les textes applicables à cet égard sont : les articles L. 131-2 6° et L. 131-7 du Code des communes (art. 97-6° et 101 du Code de l'admi-

¹⁶ V. par ex. C.E. 5 avril 1957, *Syndicat des sylviculteurs du Sud-Ouest*, R.D.P.A. 1957, n° 176 ; A.J.D.A. 1957, p. 360 ; application de l'article 97-6° du Code de l'Administration communale : travaux de débroussaillage indispensables pour prévenir les incendies ; C.E. 15 octobre 1980, *René Garnotel*, Dr. Adm. 1980, n° 374 ; l'article L. 131-2 1° du Code des communes donne le pouvoir au maire d'ordonner le nettoyage des trottoirs et caniveaux par les riverains.

nistration communale) et, là où il est encore applicable, l'article 7 de la loi du 21 juin 1898¹⁷.

La jurisprudence décide que ces travaux sont publics (1°); elle leur applique donc le régime propre à ces opérations, mais celui-ci accuse certaines particularités (2°).

1° Leur nature de travaux publics

205. — La première décision la plus nette est l'arrêt *Mure* du 24 janvier 1936¹⁸; mais cette décision est souvent rapprochée du célèbre arrêt *Walther* (C.E. 24 décembre 1926)¹⁹ dont le sens doit être précisé.

Dans l'affaire *Walther*, le maire, craignant qu'une épidémie ne s'étendît dans la ville, fit détruire par le feu un immeuble contaminé; mais l'incendie se propagea à l'immeuble voisin. Le Conseil d'Etat jugea que « ce fait [était] de nature à engager vis-à-vis du propriétaire de cet immeuble la responsabilité de la ville, alors même qu'aucune faute n'[avait] été commise par les sapeurs-pompiers dans l'accomplissement de la mission qui leur avait été confiée ».

On pourrait penser que le Conseil d'Etat a reconnu à cette opération la nature d'un travail public, puisqu'il lui en a appliqué le régime à une époque où l'acte matériel de police n'aurait pu engager la responsabilité de l'administration qu'en cas de faute lourde²⁰. Cette interprétation ne saurait cependant être retenue car l'affaire a été jugée en premier et dernier ressort par le Conseil d'Etat alors qu'avant 1953 le contentieux des travaux publics relevait

en première instance des Conseils de préfecture. On doit donc au contraire considérer que cet arrêt est le premier à avoir utilisé la théorie du risque à propos d'une mesure ordonnée et exécutée dans un but évident de salubrité, c'est-à-dire sans doute à propos d'une mesure matérielle de police administrative²¹ présentant un danger assez exceptionnel.

2. Les faits de l'arrêt *Mure* étaient les suivants : à la suite d'un éboulement de terrain qui avait fait s'écrouler plusieurs immeubles et enseveli de nombreuses victimes, le maire de Caluire, en se fondant sur l'article 7 de la loi du 21 juin 1898, enjoignit à certains propriétaires de terrains non bâtis d'exécuter des travaux de sécurité. L'un d'eux, M. Mure, intenta un recours contre l'arrêté. Le propriétaire contestait que le coût de ces travaux pût être mis à sa charge; et il apparaissait que ce point dépendait de la qualification de ces travaux²². Le Conseil d'Etat jugea qu'il s'agissait de « travaux d'intérêt collectif »²³ et que, si la situation justifiait la prescription de travaux et leur exécution d'office sur une propriété privée, « le maire n'[avait] pu légalement imposer au requérant lesdits travaux d'intérêt collectif par ses soins et à sa charge », ceux-ci devant « être exécutés par la commune et à ses frais ».

Cet arrêt a été confirmé par une jurisprudence depuis lors abondante²⁴. Parmi celle-ci, il faut mentionner tout particulièrement

21 V. F.P. BENOIT *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, p. 66; pour la thèse de la qualification d'acte de police de cette opération par le Conseil d'Etat, V. M. WALINE, note précitée, R.D.P. 1970, p. 1231. Les auteurs ne citent cet arrêt ni dans le chapitre de la police ni dans celui des travaux publics, mais seulement dans les développements consacrés à la responsabilité pour risque (V. par ex. A. de LAUBADÈRE, *Traité*, T. I, 5^e éd. 1970, p. 652, § 1133). Pour un autre exemple, V. C.E. 29 janvier 1982, *Mlle Laure de Salet*, Dr. Adm. 1982, n° 107: les travaux de destruction d'un immeuble entrepris d'office sur la base de l'article 97-6° du C.A.C. à la suite d'un séisme constituent des « travaux d'intérêt collectif », et leur coût doit être supporté par la commune.

22 Les articles 5 et 6 de la loi du 21 juin 1898 qui laissent les frais à la charge des propriétaires visent non pas la même hypothèse, mais celle où les travaux sont ordonnés et exécutés sur la base des articles 3 et suivants de la même loi: « Le maire peut prescrire la réparation ou la démolition des murs, bâtiments ou édifices quelconques longeant la voie ou la place publique, lorsqu'ils menacent ruine ou qu'ils pourraient, par leur effondrement, compromettre la sécurité ». Cette hypothèse relève du deuxième cas d'exécution d'office que nous étudions *infra* dans le point B, n° 207 et s.

23 Les deux notions de « travaux d'intérêt collectif » et de travaux publics ont été habituellement confondues ou assimilées (voir l'arrêt *Dastrevigne* précité). — Sur la distinction entre intérêt général et intérêt collectif, V. cependant la note du doyen HAURIOU sous l'arrêt *Canal de Gignac*, très représentative de la doctrine libérale: T.C. 21 juin 1899; S. 1900, III, p. 49.

24 C.E. 28 avril 1938, *Consorts des Marais*, Rec., p. 376 (éboulement de colline). C.E. sect. 21 juillet 1939, *Jacquin-Bouchacourt*, Rec., p. 91 (éboulement d'un talus et d'un mur de soutènement). C.E. 30 janvier 1948, *Ville de Clermont*, Rec., p. 46 (éboulement de colline). C.E. sect. 29 avril 1949, *Dastrevigne*, Rec., p. 185 (éboulement d'une plateforme, ouvrage public communal): le Conseil d'Etat parle ici expressément de « travaux publics ». C.E. 5 décem-

17 Ce dernier texte a été intégré dans le Code de l'Administration communale (art. 97-6° et 101), puis dans le Code des communes (art. L. 131-2 et L. 131-7); mais, à Paris, il demeure par lui-même applicable (V. concl. Bernard sur C.E. sect. 6 février 1970, *Préfet de Police c. sieur Kerguelen*, Rec., p. 87 et s., not. p. 89); R.D.P. 1970, p. 1226, note WALINE: il s'agissait dans cette affaire de travaux d'urgence exécutés d'office sur un immeuble en état de péril; l'article 7 de la loi du 21 juin 1898 était applicable car la cause initiale du péril était extérieure à l'immeuble et était d'ordre naturel (mouvements de terrain en profondeur). Lorsque la cause du péril provient de l'état de l'immeuble lui-même, s'applique la législation des édifices menaçant ruine (article 3 de la même loi, articles 305 et s. du Code de l'habitation et de l'urbanisme, puis art. L. 511-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation). Sur le critère d'applicabilité de l'une ou l'autre législation, V. notam. concl. Bernard précitées et, p. ex., C.E. 3 mars 1976, *Ville de Nogent-le-Roi*, Dr. Adm., 1976, n° 121. Ce critère paraît d'ailleurs avoir depuis lors évolué: la législation des édifices menaçant ruine s'applique « quelle que soit la cause du péril, à l'exception des cas où la ruine dont est menacé un immeuble est la conséquence d'accidents naturels tels que ceux énumérés à l'article L. 131-2 6° du Code des communes », C.E. 11 mars 1983, *Mme Vve Lacroix*, Dr. Adm. 1983, n° 177; V. bibliographie citée *supra*, note 2.

18 Rec., p. 105; S. 1936, III, p. 25, note P.L.

19 Rec., p. 1140; S. 1927, III, p. 24.

20 C.E. 13 mars 1925, *Clef*, Rec., p. 266; S. 1926, III, p. 37, concl. Rivet; D. 1926, III, p. 16; — 29 juillet 1925, *Légrand* Rec. p. 747.

deux arrêts de Section relativement récents qui ont précisé le régime juridique de ces travaux : l'arrêt du 6 février 1970, *Préfet de police c/ Kerguelen*²⁵ et l'arrêt du 5 mars 1971, *Société Nationale des Chemins de fer*²⁶.

2° L'application du régime des travaux publics

206. — Trois points nous intéressent ici particulièrement : l'imputation du coût des travaux, l'indemnisation de leurs conséquences dommageables et la possibilité pour la commune de récupérer les frais exposés pour leur exécution.

1. Sans pouvoir déterminer pour l'instant si le fait que le coût de ces travaux incombe à la commune avait été la cause ou la conséquence de leur caractère de travaux publics, il faut souligner que pour les annotateurs contemporains c'est la seconde interprétation qui s'impose en toute logique²⁷.

2. Il apparaît tout aussi logique que, ces travaux étant « d'intérêt collectif », le propriétaire soit un tiers par rapport à leur exécution et doive en cas de dommage être indemnisé sur la base de la théorie du risque, sous réserve bien entendu d'une faute de sa part ou d'un cas de force majeure²⁸.

3. Concernant la récupération du coût des travaux sur le propriétaire, l'arrêt *Mure* ne réservait le recours judiciaire de la commune « qu'à raison des faits qui seraient de nature à engager la responsabilité » du propriétaire. L'arrêt *Préfet de police c/ Kerguelen* de 1970 ajoute « une seconde cause d'exonération à due concurrence : la circonstance que ces travaux auraient apporté au patrimoine du requérant un enrichissement sans cause (non établi en l'espèce) »²⁹. L'arrêt S.N.C.F. de 1971 apporte quant à lui une précision supplémentaire.

bre 1951, *Benoît-Gonin*, Rec., p. 570 (éboulement d'une colline). C.E. 8 octobre 1954, *Veau et Vaté*, R.P.D.A. 1954, n° 42; Rec., p. 519 (éboulement d'une falaise). C.E. 7 mai 1956, *Caisse Primaire de Sécurité sociale de Grenoble*, Rec., p. 181. C.E. 5 décembre 1962, *Ville de Brest*, Dr. Adm. 1963, n° 30. C.E. sect. 16 octobre 1964, *Ville de Tulle*, A.J.D.A. 1964, p. 180, note J.M.; Rec., p. 471; Dr. Adm. 1964, n° 369 (menace d'effondrement d'une masse rocheuse). C.E. 31 mars 1965, *Peydessus c. Commune de Loudenvielle*, Rec., p. 213 (inondations; construction d'un barrage de fortune sur une propriété privée: le choix de l'emplacement du barrage relève de la police, mais la destruction d'une murette lors de la construction du barrage est un dommage de travaux publics). C.E. 4 décembre 1974, *Bonneau*, R.D.P. 1975, p. 1154; Rec., p. 608; Dr. Adm. 1975, n° 23 (effondrement du mur de soutènement d'un talus risquant de s'écrouler); C.E. 29 janvier 1982, *Laure de Salet*, précité, note 21.

²⁵ Rec., p. 89, concl. Bertrand et note WALINE précitées.

²⁶ Rec., p. 184; A.J.D.A. 1971, p. 283, chronique LABETOUILLE et CABANES.

²⁷ Obs. J.M. précitées sous l'arrêt *Ville de Tulle* du 16 octobre 1964 précité.

²⁸ Arrêt *Ville de Tulle* précité.

²⁹ WALINE, note précitée, R.D.P. 1970, p. 1234; selon M. BERTRAND, la possibilité pour la commune de récupérer la plus-value que l'exécution des travaux

Dans cette affaire, l'engorgement d'un aqueduc, ouvrage public dont la S.N.C.F. aurait dû assurer l'entretien, avait causé des inondations; la commune, dont le maire avait fait entreprendre certains travaux d'urgence sur la base des articles 97-6° et 101 du Code d'administration communale, réclamait à la S.N.C.F. le remboursement de leur coût. Le Conseil d'Etat a jugé que l'autorité municipale était en droit, compte tenu des circonstances, de prescrire ces « travaux de sûreté » aux frais de la commune, sauf son recours contre le tiers responsable.

Dans ce genre d'hypothèse, il n'apparaît ni très logique ni très juste que l'administration soit contrainte, pour récupérer ses débours, d'introduire une action contentieuse contre le propriétaire : dès lors qu'ici ce dernier n'est plus tiers par rapport aux travaux et que c'est sa seule négligence qui les a rendus nécessaires, l'administration devrait pouvoir mettre en œuvre à son encontre une procédure exécutoire qui, en cas de litige, le placerait en position de demandeur. En outre, si des dommages lui étaient causés lors de l'intervention de la commune, il ne devrait pas pouvoir bénéficier du régime favorable réservé aux victimes d'une opération de travaux publics, qu'il s'agisse de tiers ou d'usagers : il semblerait naturel qu'il ait à prouver la faute de la collectivité.

Sur ces points, la solution du droit positif se révèle plus satisfaisante quand les travaux sont exécutés d'office non plus pour prévenir ou faire cesser une calamité publique, mais, cette fois-ci, en raison du danger constitué directement et uniquement par l'état de l'immeuble.

B. LES TRAVAUX EXÉCUTÉS D'OFFICE EN RAISON DE L'ÉTAT DE L'IMMEUBLE

Le type de situation que nous évoquons ici est celui visé par des législations comme celle des immeubles menaçant ruine (articles 3 à 6 de la loi du 21 juin 1898 et non plus article 7 de cette loi; ou articles 302 à 306 du Code de l'habitation et de l'urbanisme puis article L. 511-1 du Code de la construction et de l'habitation), celle relative aux travaux d'assainissement sur les immeubles insalubres (L. 15 mai 1930, mod. Ord. 7 octobre 1958; art 30 du Code de la

publics aurait procurée à l'immeuble avait déjà été expressément réservée par la décision de Section *Jacquin-Bouchacourt* de 1959 précitée (Rec., p. 91). Il faut cependant noter que si le commissaire du Gouvernement entend que la récupération du coût des travaux ne peut être entreprise que par une action devant le juge judiciaire dès lors qu'il s'agit d'un propriétaire privé, l'arrêt lui-même reconnaît implicitement le droit de l'administration d'émettre un arrêté de recouvrement et ne conteste pas la compétence du juge administratif pour en connaître. L'arrêt S.N.C.F. de 1971, relatif au défaut d'entretien d'un ouvrage public a, quant à lui, décidé que la réclamation de l'administration devait être portée devant le juge administratif à raison de la nature de l'ouvrage, et non pas simplement à raison de la nature des travaux.

Santé publique), celle concernant les travaux de curage des cours d'eau non domaniaux (art. 116 du Code rural), etc.³⁰.

L'affirmation du caractère de travaux publics de ces opérations est relativement récente (1°) et leur régime juridique diffère quelque peu de celui des situations que nous avons envisagées plus haut (2°).

1° L'affirmation de leur caractère de travaux publics

207. — Jusqu'à la jurisprudence *Mimouni*, la solution traditionnelle était qu'il s'agissait de travaux privés.

1. Sous la législation antérieure au texte de 1898 et même après cette loi, la nature de ces travaux paraissait « certaine »³¹ : il ne pouvait s'agir que de travaux privés car ils étaient effectués aux lieux et place du propriétaire défaillant. Le Tribunal de Conflits considérait que ces injonctions étaient « prises exclusivement en vue de la sûreté publique » et qu'elles constituaient des « actes de police administrative » ; « dès lors, le préjudice auquel leur exécution [pouvait] donner lieu ne rentrait pas dans la catégorie des dommages occasionnés par des travaux publics »³². Cette solution se voyait confirmée par le Conseil d'Etat³³.

Le hiatus résultant de la confrontation de la jurisprudence *Mure* avec celle-ci et les possibilités nouvelles offertes par la décision *Effimief*³⁴ finirent cependant par faire admettre la nature publique de ces travaux, bien que ceux-ci soient exécutés pour le compte de personnes privées et sur le fondement de textes dits également de police. Ce revirement de jurisprudence s'est produit à l'occasion de l'affaire *Mimouni*.

Le sieur *Mimouni* demandait au juge administratif de condamner la ville d'Alger à lui payer une indemnité en raison de dommages qu'il avait subis lors des travaux exécutés d'office sur un immeuble menaçant ruine dont il était locataire. Le Conseil d'Etat jugea « qu'une commune remplit une mission de service public lorsque, afin d'assurer la sécurité publique, elle exécute d'office dans un immeuble menaçant ruine, des travaux ordonnés soit par le maire en cas de péril imminent, soit par le conseil de préfecture en application de la loi du 21 juin 1898 (...) ; qu'il suit de là que, nonobstant le fait que de tels travaux sont effectués sur des immeubles appar-

30 Pour une analyse de certaines de ces législations, V. FR. OLPHE-GAILLARD, *Les interventions administratives relatives à l'entretien et à la protection des immeubles urbains*, Thèse Bordeaux 1959, 256 p. multigr.

31 Concl. Tricot sur C.E. 12 avril 1957, D. 1957, p. 413.

32 T.C. 12 novembre 1876, D.P. 1877, III, p. 17 ; S. 1878, II, p. 309 ; V. aussi T.C. 12 novembre 1881, D.P. 1883, III, p. 22, cités par TRICOT, *ibid.*

33 C.E. 16 décembre 1904, Gaillot, D.P. 1906, III, p. 57 ; S. 1906, III, p. 155 ; Rec., p. 814 ; pour d'autres exemples, V. PERRINJAQUET, *op. cit.* et J. LAFERRIERE, *op. cit.*

34 T.C. 28 mars 1955, Rec., p. 617 ; J.C.P. 1955, II, 8786, note BLAEVOET ; Rev. Adm. 1955, p. 285, note LIET-VEAUX ; A.J.D.A. 1955, II, p. 332, note J.A. ; G.A., p. 423.

tenant à des propriétaires privés et aux frais desdits propriétaires, ces travaux n'en ont pas moins le caractère de travaux publics »³⁵. Cette solution fut confirmée³⁶ et étendue aux travaux exécutés d'office sur le fondement d'autres législations de ce type³⁷.

Mais, bien que publics, ces travaux ne suivent pas tout à fait le même régime juridique que ceux exécutés en vertu des articles L. 131-2 6° et L. 131-7 du Code des communes (art. 97-6° et 101 du Code de l'administration communale).

2° Le régime juridique de ces travaux

208. — Il y a lieu d'examiner, d'une part, les règles régissant les rapports entre l'administration et les tiers et, d'autre part, celles régissant les rapports entre l'administration et le propriétaire.

1. Les locataires de l'immeuble concerné³⁸, le propriétaire de l'immeuble voisin³⁹ et toutes les autres personnes⁴⁰ qui peuvent subir des dommages du fait de ces travaux demeurent des tiers et doivent par conséquent être indemnisés sur la base de la responsabilité sans faute, conformément au droit commun des travaux publics.

Mais, contrairement à ce qui se passe pour les travaux effectués en raison d'une calamité publique, le propriétaire ne peut plus être considéré comme un tiers puisqu'aussi bien ces travaux sont exécutés pour son compte. Il s'ensuit deux conséquences.

2. — La première est que le coût des travaux doit lui être réclamé puisque, réalisés pour son compte, ils l'enrichissent directement : ils constituent en effet l'exécution à sa place d'une des

35 C.E. 12 avril 1957, *Mimouni*, Rec., p. 262 ; S. 1957, concl. Tricot ; D. 1957, p. 413, concl. Tricot, note P.L.J. ; A.J.D.A. 1957, II, p. 277, chr. FOURNIER et BRAIBANT ; Rev. Adm. 1957, p. 369, note BRICHET.

36 V. GENTOT, *La police des édifices menaçant ruine, étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat de 1958 à 1961*, A.J.D.A. 1961, p. 147 ; — C.E. 21 décembre 1962, *Ville de Thiais*, Rec., p. 701 ; A.J.D.A. 1963, p. 89, chronique GENTOT et FOURRÉ ; — 16 octobre 1963, *Labaur*, Rec., p. 489 ; A.J.D.A. 1964, p. 121, obs. J.M.

37 C.E. 30 mai 1962, *Poplin*, Rec., p. 359 (immeubles insalubres) ; — 6 mars 1970, *Ville de Paris et Association syndicale des copropriétaires de la rue André-Antoine c. sieur Marmuse*, Rec., p. 165 (assainissement des voies privées) ; — 16 novembre 1973, *Ministre de l'Agriculture et du développement rural c. époux Dubeau*, Rec., p. 652 (curage d'un cours d'eau non domanial exécuté d'office par l'administration en vertu de l'article 116 du Code rural ; arrêt relatif aux modalités de recouvrement des dépenses exposées par l'administration).

38 Aff. *Mimouni*, précitée.

39 Aff. *Labaur*, précitée. Toutefois, dans l'hypothèse où la ruine de l'immeuble voisin rend nécessaire l'étalement de son propre immeuble et s'il est lui-même défaillant pour entreprendre ces travaux d'étalement, la situation de ce propriétaire est assimilée à celle de son voisin (V. C.E. 11 octobre 1972, *Boulesteix*, Rec., p. 623 ; C.E. 5 octobre 1979, *Giroux*, Rec., p. 363).

40 Aff. *Marmuse*, précitée : riverain de la voie concernée gêné dans son commerce par les travaux qui créaient une difficulté d'accès à ses clients.

obligations de police ou civiles qui lui incombent normalement⁴¹. Les textes applicables dans ce cas permettent à l'administration de récupérer les sommes qu'elle a dépensées en utilisant une procédure non contentieuse (état exécutoire) qui a pour effet, en cas de litige, de placer le propriétaire en situation de demandeur⁴². C'est là une différence notable par rapport à ce qui se passe lorsque les travaux sont exécutés pour faire face à une calamité publique de l'article 97-6° de la loi municipale⁴³.

— La seconde conséquence est que le propriétaire, s'il subit un dommage, ne peut bénéficier de la théorie de la responsabilité sans faute ni même de celle du défaut d'entretien normal : l'opération a dû être réalisée par sa propre négligence, et le Conseil d'Etat en déduit qu'il ne saurait être indemnisé qu'en prouvant la faute de l'administration⁴⁴, comme s'il s'agissait à son égard non pas d'un travail public mais d'une opération matérielle de police : comment, dès lors affirmer que ces travaux sont publics et ne faut-il pas interpréter cette jurisprudence comme s'ils avaient une double nature ?

§ 2. L'APPRECIATION DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Le réflexe le plus courant, face à une difficulté de qualification, consiste à raisonner de façon dualiste : les notions de travaux publics et de police administrative ne peuvent que s'exclure mutuel-

⁴¹ Le coût des travaux lui incombe lorsqu'ils lui avaient été imposés par une prescription de police à laquelle il n'avait pas déféré (cf. par ex. l'affaire *Marmuse*). En dehors de toute prescription de police, s'applique aussi, de toutes façons, l'article 1386 du Code civil. Voir MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, 3^e éd., § 1341 et s., p. 1011. Il en va différemment pour les travaux effectués sur la base de l'article 9 de la loi du 31 décembre 1913, autorisant le ministre à « faire exécuter par les soins de son administration et aux frais de l'Etat, avec le concours éventuel des intéressés, les travaux de réparation ou d'entretien qui sont jugés indispensables à la conservation des monuments classés n'appartenant pas à l'Etat ». En effet, en ce cas, l'Etat répond de plein droit des dommages qui peuvent être causés au propriétaire à l'occasion de ces travaux ; V. C.E. sect. 5 mars 1982, *Guette et autre c. com. des Ponts-de-Cé*, Rec. p. 100, ; Gaz. pal. 1982, 2, p. 651, concl. Genevois.

⁴² C.E. 30 mai 1962, *Poplin*, 21 décembre 1962, *Ville de Thiais*, 25 novembre 1965, *Delle Decaillet*, précités. — V. art. 5 et 6 de la loi du 21 juin 1898 ; — C.E. 16 novembre 1973, *Ministre de l'Agriculture c. époux Dubeau*, Rec., p. 652 (art. 117 du Code rural en cas de curage d'office d'un cours d'eau non domanial).

⁴³ V. cependant les flottements de la jurisprudence évoquée *supra*, note 29.

⁴⁴ C.E. 6 mars 1970, *Ville de Paris et Association syndicale des copropriétaires de la rue André-Antoine c. sieur Marmuse*, Rec., p. 165 (assainissement des voies privées ; la faute lourde est ici exigée ; dans d'autres arrêts plus récents, le juge se contente de la « faute de nature à engager la responsabilité » de la ville ; V. C.E. 5 octobre 1979, *Giroux*, Rec., p. 363 : étalement d'un immeuble menaçant ruine exécuté d'office). — De même une faute est-elle nécessaire pour que l'administration ne puisse pas demander le remboursement des travaux au propriétaire : C.E. 22 juillet 1936, *Bourgarel*, Rec., p. 827.

lement : si l'opération ne peut pas être qualifiée d'opération de police, il ne peut s'agir que d'un travail public et vice versa (A). Nous pensons, avec M. Waline, que le droit positif ne permet pas en cette matière une telle attitude et qu'il faut au contraire interpréter cette jurisprudence comme supposant une coexistence des deux notions (B).

A. LES INTERPRÉTATIONS DE TYPE DUALISTE : L'EXCLUSIVITÉ DES DEUX NOTIONS

L'attitude dualiste permet aussi bien de critiquer que d'approuver les jurisprudences *Mimouni* (1^o) et *Mure* (2^o), et le tort des protagonistes réside en ce qu'ils ne s'en sont pas toujours rendu compte.

1^o L'appréciation de la jurisprudence *Mimouni*

209. — Dès lors que la jurisprudence *Effimief* admettait le caractère public des travaux effectués par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public, peu importait le point de savoir pour le compte de qui ces travaux étaient exécutés : cette question devait rester en dehors du débat relatif à la nature de ces travaux car l'imputabilité de leur coût n'est plus aujourd'hui, lorsqu'ils sont exécutés par une personne publique et dans le cadre d'une mission de service public, un élément constitutif nécessaire de la notion. Mais le recours en la matière à la définition de cette notion donnée par la jurisprudence *Effimief* obligeait à se prononcer positivement sur la nature de service public de la police des édifices menaçant ruine. Malgré les dénégations sur ce point de son commissaire du Gouvernement Tricot, le Conseil d'Etat, approuvé généralement par la doctrine, s'est borné à une simple affirmation contraire.

1. Pour M. Tricot, le législateur n'a pas voulu créer « un service public de l'entretien et de la conservation des immeubles d'habitation ». « Tout [dans cette législation] qui remonte à des lettres patentes du Roi des 18 juillet 1729 et 18 août 1730 »... « est centré sur l'idée de police de la sécurité publique et, accessoirement, de tutelle à l'égard du propriétaire et des occupants de l'immeuble ». « La loi du 21 juin 1898 ne transfère, même provisoirement, aucune responsabilité du propriétaire à la collectivité (...) Elle maintient au propriétaire l'entière responsabilité de conserver son bien et d'éviter qu'il ne cause des dommages à autrui ». Le législateur a simplement donné, « dans le cadre d'une loi de police », un « pouvoir d'action d'office ».

A son sens, la jurisprudence *Mure* ne saurait constituer une objection car, en ce cas, l'Administration « prend en main certains travaux destinés à prévenir ou limiter des catastrophes naturelles dont l'ampleur dépasse les possibilités d'un seul individu ». L'alignement des deux jurisprudences « aboutirait à abolir la notion de

police, en tant que catégorie distincte de notre droit. On confondrait l'activité prise en charge par la collectivité et le pouvoir pour celle-ci de régler l'activité des particuliers en vue du bon ordre, de la tranquillité et de la salubrité publiques, de leur donner des ordres et, parfois, dans des conditions déterminées par la loi, d'exécuter d'office ce qui leur a été vainement prescrit »⁴⁵.

Selon le commissaire du gouvernement, la reconnaissance de la qualité de travaux publics à ces opérations était de nature à présenter en outre des inconvénients d'ordre pratique : « Il serait, poursuit M. Tricot, excessivement sévère à l'égard de la collectivité de lui imposer un régime de responsabilité sans faute à l'occasion de travaux qu'elle est amenée à entreprendre *in extremis* à la place d'un particulier défaillant. Inversement, ce serait assurer un avantage indu aux tiers que de substituer à leur égard la responsabilité de la collectivité à celle du propriétaire. Les tiers auraient alors sujet de souhaiter que le propriétaire reste négligent et que sa carence force la commune à intervenir. A une condition, pourtant, c'est que la collectivité ne tarde pas trop à agir, car si elle n'intervient pas avant l'effondrement de l'édifice, elle ne peut être tenue pour responsable qu'en cas de faute lourde (...) Tout cela ne serait ni juste ni cohérent »...

Mais le Conseil d'Etat ne s'est pas arrêté à ces considérations.

2. Comme nous le savons, on peut soutenir à la fois tous les points de vue en ce qui concerne les rapports entre les deux notions police et de service public⁴⁶ : il ne faut donc pas, là non plus, adopter une attitude de type dualiste : tout dépend du rôle et du contenu que l'on veut donner à ces deux notions et surtout à la dernière : la police, en tant qu'activité assurée ou assumée par l'administration dans un but d'intérêt général, est un service public si l'on conçoit cette notion comme le principe explicatif de l'action et du droit administratifs dans leur ensemble et non plus comme une activité de prestation opposée à une activité de réglementation ; et c'est la première de ces deux conceptions possibles du service public qui retient ici le Conseil d'Etat et ceux qui l'ont approuvé⁴⁷.

On peut donc, par voie de conséquence et selon la façon de concevoir le service public, tout aussi bien critiquer qu'approuver cette jurisprudence. C'est la raison pour laquelle il faut examiner le débat à propos de la jurisprudence *Mure* où cet élément perturbateur que constitue la notion de service public n'intervient pas.

⁴⁵ Il faut cependant rappeler que dans l'arrêt et la jurisprudence *Mure*, la police ne peut pas prescrire aux particuliers l'exécution des travaux ; elle ne peut que prescrire de les souffrir sur une propriété privée. Dans ces conditions, ces travaux ne constituent pas « l'exécution d'office de ce qui leur a été vraiment prescrit ». Ils ne constituent l'exécution d'office d'une prescription de police que dans le cas de la jurisprudence *Mimouni*.

⁴⁶ V. *supra*, Titre I, Chapitre I, Section II, notam. n° 67.

⁴⁷ V. note P.L.J. sous l'arrêt *Mimouni* : D. 1957, p. 417.

2° L'appréciation de la jurisprudence *Mure*

210. — A l'époque où a été rendu l'arrêt *Mure*, les travaux exécutés dans ce genre d'espèce relevaient encore de la notion de police et ne rentraient pas explicitement dans le champ de la notion de travail public telle qu'elle avait été définie par la jurisprudence *Commune de Monségur*⁴⁸. C'est même cet arrêt *Mure* qui a permis une extension du sens de la notion de « pour le compte d'une collectivité publique ». Plus exactement, cette expression s'appliquait initialement à des travaux qui, parce qu'ils étaient exécutés dans un « but d'utilité générale » et « pour le compte d'une collectivité publique » — c'est-à-dire aux frais de celle-ci —, constituaient des travaux publics : le fait d'être exécutés « pour le compte » de l'administration — l'expression étant prise en ce sens financier — constituait le critère de leur qualification de travaux publics. Au contraire, dans l'arrêt *Mure*, comme l'a montré M. Waline⁴⁹, c'est afin de les faire prendre financièrement en charge par la commune que le juge les a qualifiés de cette façon. Par conséquent, si le fait d'avoir été exécutés « pour le compte » de l'administration constitue encore le critère de leur qualification, l'expression signifie désormais « exécutés par l'administration ou sous sa direction ».

Quoi qu'il en soit, la thèse niant leur qualité d'opérations matérielles de police pour n'en faire que des travaux publics repose sur une argumentation bien fragile ; celle-ci a conduit certains auteurs à n'y voir, inversement, que des actes matériels de police.

1. Pour M. Laroque — qui était aussi rapporteur dans l'affaire — il ne pouvait s'agir que de travaux publics pour trois raisons tirées de la conviction que l'acte ne relevait pas de la police : le maire a pris un arrêté individuel sans réglementation générale préalable, ce qui serait illégal en matière de police ; même si cette injonction était légale en ce qui touche à l'absence de réglementation préalable, elle excéderait, quant au fond, les pouvoirs de la police : « le droit de prescription individuelle des autorités de police se limite au pouvoir d'enjoindre au propriétaire de faire disparaître, par lui-même et par les procédés qu'il juge convenables, la cause du trouble qui menace l'ordre public ; l'autorité de police ne peut jamais imposer un mode spécial d'exécution »⁵⁰ ; l'Administration pourrait seulement — le cas échéant — prescrire des travaux ; elle ne pourrait pas, sur le fondement de ses pouvoirs de police, les exécuter elle-même.

⁴⁸ On cite généralement à ce propos l'arrêt C.E. 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, Rec., p. 573 ; S. 1921, III, p. 49, concl. Cornille, note HAURIU ; R.D.P. 1921, p. 361, concl. Cornille, note JEZE ; G.A. p. 164. — V. aussi pour une illustration de la notion de « pour le compte de » : C.E. 22 juin 1928, *de Sigalas*, R.D.P. 1928, p. 525, concl. Josse ; S. 1928, III, p. 113, note HAURIU.

⁴⁹ Note précitée sous l'arrêt *Kerguelen*.

⁵⁰ Note au S. 1936, III, p. 25 et s.

Or comme ces travaux ne peuvent pas, compte tenu des circonstances, être considérés comme illégaux, il faut bien, conclut M. Laroque, les rattacher au droit des travaux publics.

Aucun de ces arguments ne résiste à l'examen; faut-il en déduire qu'il s'agit d'une opération matérielle de police?

2. La triple circonstance que la police est légalement fondée à prescrire des injonctions individuelles en l'absence de tout règlement préalable⁵¹, que ces injonctions individuelles peuvent comporter les moyens à mettre en œuvre et pas seulement les buts à atteindre⁵² et que la police peut enfin procéder à des exécutions d'office⁵³, ruine tout à fait les arguments de M. Laroque.

Mais dans la mesure où ces travaux répondent aussi, de nos jours, au double critère de la notion de travail public, c'est surtout la valeur du raisonnement de type dualiste qu'il faut contester : les deux notions ne s'excluent pas mutuellement : elles doivent coexister.

B. L'INTERPRÉTATION DE TYPE SYNCRÉTIQUE : LA COEXISTENCE DES DEUX NOTIONS

Cette coexistence est double : elle tient à ce que « certains travaux publics urgents seraient un des modes d'exercice de la police », selon l'expression de M. Waline (1°), et à ce qu'un même travail public peut, selon un critère différentiel, être considéré soit comme un travail public, soit comme une opération matérielle de police (2°).

1° Le travail public, « mode d'exercice de la police »

211. — 1. Sans en préciser la raison, M. Waline estime que les opérations de ce genre constituent bien des « mesures de police ». Mais il ajoute aussitôt : « Seulement ce qui est piquant, c'est qu'un raisonnement tout aussi plausible peut mener à cette conclusion, en apparence bien différente, qu'il s'agit d'une opération de travaux publics ». « La morale de tout ceci, remarque-t-il, ce serait que les deux notions de police et de travaux publics ne s'excluent pas mais peuvent se combiner pour l'analyse d'une même opération (...) L'ordre donné à un propriétaire de souffrir l'exécution sur sa propriété, et par les soins de l'administration, de certains travaux urgents nécessités par le souci de sécurité publique est une mesure

51 V. C.E. 4 janvier 1935, *Baron*, S. 1936, III, p. 29, note P.H. TEITGEN, et aussi P.H. TEITGEN, Thèse, p. 329; V. aussi *infra* n° 411.

52 V. Cass. crim. 2 janvier 1908, S. 1909, I, p. 53; — C.E. 10 novembre 1916, *Marc*, Rec., p. 444; — 18 novembre 1910, *Bouchard et Carrion*, Rec., p. 798. — Voir aussi P.H. TEITGEN, Thèse, p. 409; V. aussi *infra*, n° 409.

53 V. P.H. TEITGEN, Thèse p. 345. — Sur l'ensemble des critiques de l'opinion de M. LAROQUE, V. WALINE, note précitée sous l'arrêt *Kerguelen* et Chronique précitée de MM. LABETCULLE et CABANES sous l'arrêt *S.N.C.F.*, précité.

de police, mais les travaux eux-mêmes sont des travaux publics, dont le propriétaire ne doit pas supporter la charge financière »⁵⁴.

2. Cette opinion est semble-t-il la première à tenter une explication théorique satisfaisante de cette jurisprudence déconcertante. Cependant, elle comporte une contradiction et pêche par insuffisance : si le travail public est un « mode d'exercice de la police », ce ne devrait pas être seulement cet ordre donné au propriétaire de souffrir chez lui l'exécution de ces travaux qui relève de la notion de police, mais également ces travaux publics eux-mêmes puisqu'en les effectuant l'administration exerce la police. Pourquoi donc introduire cette dichotomie dans une même opération globale qui va de l'ordre donné au propriétaire jusqu'à l'accomplissement de ces travaux par la collectivité publique? En outre, comment distinguer les travaux publics constituant un « mode d'exercice de la police » de ceux qui n'en constituent pas? En s'attachant à leur caractère « urgent »? Mais n'est-ce pas également l'urgence qui commande au service des Ponts et Chaussées de réparer telle défectuosité de la route avant que ne se produise un accident? Le critère résiderait-il en cela qu'ils sont exécutés d'office? Mais la police peut aussi exécuter en tant que telle certains travaux publics en dehors de toute procédure d'exécution d'office, notamment lorsqu'elle sable une route en cas de verglas⁵⁵. Où se trouve donc l'unité de ces deux cas d'intervention de la police agissant d'office ou sans procédure de contrainte? Dans la notion d'ordre public ou de sécurité publique? Mais nombreux sont les travaux publics entrepris dans un tel but (construction d'un barrage contre les inondations, d'une station d'épuration contre l'insalubrité, aménagement d'un carrefour contre les risques d'accident...) qui ne peuvent pas être considérés comme « mode d'exercice de la police » sous peine d'étendre cette notion à la façon du Doyen Hauriou, ce qui la rendrait aujourd'hui insoutenable. Enfin, si la police peut se servir du procédé des travaux publics, cela suppose qu'elle soit une fonction. Or la théorie des fonctions de l'Etat ne permet pas de retenir une telle analyse.

Malgré tout son intérêt, cette explication reste donc incomplète. Par ailleurs, M. Waline n'envisageait dans sa note sous l'arrêt *Kerguelen* que le cas des travaux ordonnés pour parer à une « calamité publique ». Or ceux qui sont exécutés en raison d'un danger dont la cause réside dans l'état de l'immeuble lui-même, constituent bien par eux-mêmes, mais à l'égard de certaines personnes seulement, des actes matériels de police. La coexistence n'est plus ici fonctionnelle mais différentielle.

54 Note précitée, *ead. loc.*, p. 1232.

55 Voir Rép. min. à Q. E. n° 937 de M. Jean VALENTIN, J.O., Déb. Ass. Nat. 2 mars 1963, p. 2335, citée par G. LIET-VEAUX et A. HOMONT, *J.-Cl., A.*, Fasc. 126-2, n° 140. — V. aussi, C.E. 25 juillet 1975, *Département de l'Isère*, R.D.P. 1976, p. 394; — 26 janvier 1977, *Commune de Villeneuve-le-Roi*, A.J.D.A. 1977, p. 447 (a contrario).

2° L'identification différentielle des deux notions

212. — 1. Malgré l'inconvénient que présente tout « critère différentiel » pour l'homogénéité matérielle d'une notion⁵⁶, il faut bien admettre son bien-fondé lorsque dans certains arrêts le Conseil l'Etat, selon les personnes considérées, applique deux régimes juridiques différents à propos d'un même acte. Il en va ainsi dans l'espèce précitée du 6 mars 1970 (*Ville de Paris et Association syndicale des copropriétaires de la rue André-Antoine c/ sieur Marmuse*) : vis-à-vis des tiers, les travaux donnent lieu à une responsabilité sans faute, ce qui implique qu'ils sont à leur égard des travaux publics, tandis que le propriétaire doit, pour être indemnisé de leurs conséquences dommageables, prouver la faute lourde de l'administration. Or personne n'a jamais soutenu que le régime des travaux publics comporte une telle exigence. Il faut donc en déduire que non seulement les travaux publics sont un « mode d'exercice de la police », mais encore qu'ils constituent, à l'égard du propriétaire négligent dans la conservation de ses biens, une opération matérielle de police.

Dans ces conditions, on ne peut identifier les notions qu'en distinguant la qualité de la victime : toutes les personnes ne pouvant directement être tenues pour responsables de la nécessité des travaux exécutés d'office sont tiers ; les autres doivent non seulement supporter le coût des travaux mais encore ne peuvent obtenir réparation de leur dommage qu'en prouvant la faute de l'administration. Pour celles-là, l'acte est une opération de travaux publics ; pour celles-ci il s'agit d'un acte matériel de police.

2. On remarque donc que le fondement de l'application du système de responsabilité pour faute et l'appel corrélatif à la notion de police semblent reposer sur le fait que, dans l'hypothèse étudiée ici, le propriétaire victime des conséquences dommageables des travaux entrepris a lui-même commis une faute en n'exécutant pas personnellement les travaux qui lui étaient prescrits par un acte de police.

Or, au contraire, lorsque l'intervention de l'administration n'est pas engagée sur la base d'un texte spécial mais sur l'article 97-6° de la loi municipale, c'est-à-dire en cas de calamité publique comme une inondation ou un éboulement de terrain, le Conseil d'Etat invoque la notion de travail public et applique le système de responsabilité sans faute, même si la victime des conséquences dommageables des travaux est le propriétaire et même si ce dernier a de son côté commis une faute ayant rendu nécessaire l'exécution des travaux⁵⁷. Bien entendu, sa faute est de nature à décharger l'admi-

⁵⁶ V. *supra*, Titre II, Chapitre II, n° 101.

⁵⁷ V. par exemple C.E. sect. 16 octobre 1964, *Ville de Tulle c. sieur Roume*, précité : dans cette affaire, le propriétaire avait aggravé les risques d'effondrement d'une masse rocheuse en établissant des ouvrages au-dessus d'elle, provoquant à un effet de surcharge. V. aussi C.E. 4 décembre 1974, *Bonneau*,

nistration de toute responsabilité, mais on ne voit pas pourquoi, alors que dans les deux hypothèses c'est toujours une faute de la victime qui nécessite ces travaux, le Conseil d'Etat fait dans un cas appel à la notion de travail public et, dans l'autre, à celle de police, avec les conséquences qui s'ensuivent sur le plan du régime de responsabilité applicable selon le cas.

L'identification des notions en cause ne devrait pas varier selon le texte sur lequel s'appuie l'administration puisque ce sont, dans les deux cas, deux textes de police. De plus, c'est uniquement la situation de fait elle-même qui, par delà la présence de telle ou telle notion, devrait déterminer les responsabilités respectives. L'ensemble de cette jurisprudence apparaît assez incohérent et discriminatoire. Il lui faudrait un principe unificateur que l'on ne peut pas trouver dans les rapports entre les notions de police et de travaux publics telles qu'elles s'opposent actuellement en droit positif et dans la doctrine dominante.

L'état de la jurisprudence n'apparaît guère plus satisfaisant à propos des carences de l'administration à réaliser certains travaux publics.

précité : « Considérant que la commune est, même sans faute, responsable des dommages causés à la dame Bonneau qui sont la conséquence directe des travaux, à moins que ces dommages ne soient imputables à une faute de l'intéressée ou à un événement de force majeure de nature à supprimer ou à atténuer la responsabilité de la commune ».

SECTION II

NATURE JURIDIQUE DES CARENCES DE L'ADMINISTRATION
A EXÉCUTER CERTAINS TRAVAUX PUBLICS

213. — Prévenir les dangers constitue la tâche la plus rudimentaire de la police administrative. A cette fin, elle dispose de techniques très variées : en dehors des techniques normatives, il en existe d'autres, matérielles (contrôle, surveillance, travaux) ou indicatives (signalisation du danger ou de la réglementation propre à éviter la réalisation des risques, par un panneau ou tout autre moyen).

Mais il s'en faut que tous les dommages dus à un défaut de précaution soient imputables à la police. Certaines carences sont en effet appréciées dans le cadre du droit des travaux publics¹; et le caractère attractif de cette notion semblerait même devoir entièrement transférer l'obligation de prévention pesant sur l'autorité de police au propriétaire de l'ouvrage ou du bien faisant courir un danger.

Ce que nous voulons donc déterminer, ce sont les limites de ce caractère attractif et, plus précisément, les règles permettant de décider dans quels cas la responsabilité de l'administration doit, lorsque des travaux ou ouvrages publics peuvent être mis en cause, être appréciée dans le cadre du droit des travaux publics et dans quel cas elle doit l'être dans celui de la police : en un mot, quelle est, au regard de la distinction police administrative-travail public, la nature juridique de ces carences administratives ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer trois types de carences, bien que la notion de défaut d'entretien normal puisse toutes les couvrir lorsqu'on la comprend de façon extensive : cette notion vise en effet aussi bien le défaut de signalisation (§ 3) que le mauvais aménagement ou mauvais entretien proprement dit d'un ouvrage public (§ 2), hypothèse quelquefois délicate à différencier de l'inexécution totale² d'un travail ou d'un ouvrage public en dehors de tout ouvrage public existant³ (§ 1). Mais cette assimilation

1 V. D. DORLENCOURT-DÉTRAGIACHE, *op. cit.*, p. 808 et s.

2 V. sur ce point, F.P. BÉNOIT, *J.-Cl. A.*, Fasc. 725, nos 109 à 113, qui entend cette notion de façon extensive puisqu'elle comprend à son sens le défaut de construction d'un parapet sur une route par exemple, alors qu'il faudrait plutôt, selon nous, rattacher cette hypothèse au mauvais aménagement de l'ouvrage public existant; nous entendons donc cette notion d'inexécution au sens strict.

3 Sur la notion d'ouvrage public, V. J.M. AUBY, C.J.E.G. 1961, p. 529. Sur la nécessité de distinguer selon qu'un ouvrage public est ou non intervenu

serait ici inadéquate car la notion de police administrative n'intervient pas de la même façon à chaque fois.

§ 1. LES CARENCES DANS LA RÉALISATION D'UN TRAVAIL
OU D'UN OUVRAGE PUBLIC EN DEHORS DE TOUT OUVRAGE
PUBLIC EXISTANT

Puisque les conséquences dommageables de l'exécution d'un travail ou d'un ouvrage public relèvent logiquement du droit des travaux publics, on pourrait penser que l'inexécution dommageable de ce travail ou de cet ouvrage public provoque l'application du droit des travaux publics. Le droit positif enseigne qu'il n'en est rien lorsque le dommage se produit en dehors de tout ouvrage public existant⁴. En effet, quand l'exécution de travaux publics ou la construction d'un ouvrage public auraient été, dans certaines espèces, de nature à supprimer les causes d'un danger, la jurisprudence apprécie dans le cadre de la théorie de la police la responsabilité éventuelle de l'administration lorsqu'elle s'est abstenue de réaliser ces travaux (A) ou cet ouvrage public (B).

A. L'INEXÉCUTION D'UN TRAVAIL PUBLIC

214. — Pour parer à un danger, l'administration peut, on le sait, exécuter d'office des travaux publics, soit sur la base des articles L. 131-2 6° et L. 131-7 du Code des communes (art. 97-6° et 101 du Code de l'administration communale), soit sur celle des législations que nous avons mentionnées plus haut. Dans un cas comme dans l'autre, si sa carence à faire procéder à ces travaux est constitutive de faute (lourde, le plus souvent), elle engage sa responsabilité au titre de ses obligations de police⁵. Mais cela reste vrai même si les

dans la réalisation du dommage, V., à propos d'un plongeur flottant installé sur une plage, C.E. 12 octobre 1973, *Commune de Saint-Brevin-les-Pins*, Rec., p. 567; R.D.P. 1974, p. 1137, note WALINE (note critique).

4 V. cependant C.E. 5 février 1954, *Mascaret*, Rec., p. 16: à propos de l'éboulement d'un rocher situé sur une berge du Tarn qui avait causé la mort de son fils, le requérant soutenait que cet accident résultait du « défaut d'entretien de cette partie du domaine public » ou, tout au moins, du défaut de signalisation de ce danger; le Conseil d'Etat en déduisit que l'action était fondée sur « l'inexécution d'un travail public » et rejeta le recours à raison de son incompétence à l'examiner en premier ressort. V. aussi l'arrêt C.E. 18 décembre 1931, *Robin* (D. 1932, III, p. 33, concl. Ettore, note APPLETON); mais, dans cet arrêt, c'était essentiellement un défaut de signalisation d'un rocher dans un cours d'eau navigable, mais non aménagé, qui était reproché à l'administration (sur ce point, V. *infra*, § 3, n° 221).

5 V. par ex.: C.E. 25 avril 1941, *Maurel*, Rec., p. 70; — 10 juillet 1953, *Dumoulin c. commune de Bréguier-Cordon*, Rec., p. 365; J.C.P. 1953, I, 1132, chronique GAZIER et LONG; — 14 mars 1958, *Dame Fleury*, Rec., p. 166; A.J.D.A. 1958, p. 159; Gaz. Pal. 1958, I, p. 434; R.P.D.A. 1958, n° 157; — 4 janvier 1961, *Palmier*, Rec., p. 2; — 17 janvier 1964, *Sté Thermale de l'Aude*, Rec., p. 25; A.J.D.A. 1964, p. 449, obs. J.M.; — 7 avril 1967, *Commune de La Rocque-Gageac*, R.D.P. 1967, p. 1047; — Sect. 28 octobre 1977, *Commune*

travaux qu'elle devait exécuter ou faire exécuter auraient pu l'être sans mettre en œuvre une procédure spécifiquement policière⁶. On ne peut donc pas déduire la nature policière de cette carence du caractère de la procédure dont l'absence de mise en œuvre réalise précisément la carence.

Il en va de même lorsque le danger résulte de l'absence d'un ouvrage public.

B. LE DÉFAUT DE CONSTRUCTION D'UN OUVRAGE PUBLIC

215. — 1. Dans l'affaire *dame Louvet* du 6 janvier 1971⁷, l'érosion maritime d'une falaise avait provoqué un glissement de terrain, causant ainsi de graves désordres à la villa de la requérante implantée au bord de cette falaise. Le Conseil d'Etat jugea que la ville « n'était pas légalement tenue d'exécuter des travaux en vue de la protection des propriétés privées contre les atteintes de la mer ; que si, par ailleurs, elle n'a pas fait rapidement combler une excavation provoquée quelques mois plus tôt par un premier affaissement du terrain au bas de la falaise (...) elle n'a (...) en ne prenant [aucune] mesure, commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police, à l'occasion de [cet] incident, aucune faute lourde qui seule serait de nature à engager sa responsabilité à ce titre ».

Le juge ne dit pas par quel type de mesure la police aurait pu faire face à ses obligations éventuelles. En l'espèce, comme l'a noté

de Merfy, Rec., p. 406 ; J.C.P. 1978, II, 18814 ; concl. Galabert ; — 21 novembre 1980, *François-Louis Morroni*, Dr. Adm. 1980, n° 424 ; A.J.D.A. 1981, p. 204. Toutefois, en cas de carence du maire à faire exécuter des travaux sur la base de l'article L. 131-2 6°, la responsabilité de la commune ne peut être engagée que si ces travaux n'eussent pas été « hors des proportions avec ses ressources », V. C.E. 27 juillet 1979, *Carot*, Rec., p. 342 (travaux tendant à prévenir les avalanches). — V. aussi C.E. 13 février 1948, *Cie Générale des Eaux c. Commune de Caluire-et-Cuire*, Rec., p. 80, qui concerne les deux hypothèses des travaux et ouvrages publics.

6 C.E. 5 avril 1974, *Allieu*, Rec., p. 216 (un « tronc d'arbre lisse et poli » qui gisait sur une plage « n'était pas de nature à nuire à la sécurité des baigneurs et ne présentait pas par lui-même le caractère d'un objet dangereux qu'il eût été nécessaire d'enlever immédiatement » ; s'agissant d'une plage, la commune pouvait intervenir elle-même sans procédure particulière de police, ou demander à l'Etat propriétaire du domaine public maritime de la nettoyer. (En pratique, il existe sur ce point des « conventions » entre l'Etat et les communes côtières). V. aussi C.E. 1^{er} octobre 1971, *Association Alba Stella*, Rec. T., p. 953 : alors que les dommages résultant de l'enlèvement d'ordures ménagères peuvent être réparés dans le cadre du droit des travaux publics (C.E. sect. 25 janvier 1935, *Loubal*, Rec., p. 110 ; — 23 décembre 1970, *Commune de Bessègues*, Rec., p. 790), le refus du maire d'ordonner des mesures propres à faire cesser le péril grave dû aux conditions d'enlèvement des ordures constitue une carence de police ; il est vrai qu'ici les « mesures » en question pouvaient être tout aussi bien des travaux que des injonctions ou des règlements.

7 Rec., p. 6 ; R.D.P. 1971, p. 1467, note M. WALINE ; A.J.D.A. 1971, p. 679, note F. MODERNE. V. aussi C.E. 21 janvier 1983, *Epx Assailly*, Dr. Adm. 1983, n° 129 ; C.E. 29 avril 1983, *Min. Transp. c. Sté « Les Maiseries du Nord »*, Dr. Adm. 1983, n° 250.

M. Waline, deux moyens pouvaient être envisagés pour parer au danger : la construction d'une digue (ouvrage public) et la réalisation de travaux d'urgence consistant à « couler du béton entre quelques rochers pour empêcher l'infiltration et l'érosion qui s'ensuit » (travail public). Or, si le Conseil d'Etat a exonéré la ville sur le terrain du droit des travaux publics en faisant implicitement référence au texte spécial mettant à la charge des propriétaires intéressés l'édification des digues de protection contre les atteintes de la mer⁸ et au principe jurisprudentiel plus général selon lequel l'administration n'a pas l'obligation de construire des ouvrages publics quels qu'ils soient⁹, il n'exclut pas *a priori* que, dans le cadre du droit de la police, la ville puisse être tenue, non pas seulement de réaliser des travaux publics, mais, si nécessaire, un ouvrage public (par exemple la construction d'un digue de fortune contre l'inondation due au débordement d'une rivière).

2. La contradiction est donc double : elle tient, d'une part, à ce que la carence de l'administration à réaliser certains travaux publics ne saurait être éventuellement répréhensible que dans le cadre du droit de la police lorsqu'aucun ouvrage public existant n'est en cause, alors que la responsabilité pour ce type de carence est par principe appréciée par référence à la notion de dommage de travaux publics lorsqu'un ouvrage public existant est en cause ; la contradiction tient, d'autre part, à ce que, si l'administration est, au regard du droit des travaux publics, déliée de toute obligation de réaliser

8 Art. 33 de la loi du 16 juin 1807. V. C.E. Ass. 17 mai 1945, *Commune de Vieux-Boucau*, Rec., p. 135 ; S. 1947, III, p. 9, note H.B. V. aussi C.E. 6 mars 1964, *Dumons*, A.J.D.A. 1965, p. 27, concl. Henry ; C.J.E.G. 1965, p. 114, note MAGNIER. V. la loi n° 73-596 du 4 juillet 1973 qui permet la constitution d'associations syndicales foncières dans le but de protection contre la mer notamment (voir chronique A. de LAUBADÈRE : A.J.D.A. 1973, p. 422).

9 V. ODENT, *op. cit.*, p. 1153 ; F. MODERNE, note précitée à l'A.J.D.A. 1973, p. 679 ; chronique générale de jurisprudence LÉGER et DRYON à l'A.J.D.A. 1973, p. 357, à propos de l'arrêt C.E. Ass. 27 avril 1973, *Syndicat Association de dessèchement des marais d'Arles* ; en ce sens, V. aussi la chronique de MM. GAZIER et LONG sur l'arrêt *Dumoulin* précité, J.C.P. 1953, I, 1132 ; — V. aussi C.E. 30 octobre 1969, *Sté Les cars sétois*, Rec., p. 423, et la note de M. RAVAT sous T.A. Grenoble 7 juillet 1971, *Dame Yvonne Tixier et Nicole c. Département de la Haute-Savoie*, A.J.D.A. 1972, p. 78. Par ce jugement, le tribunal avait condamné le département pour ne pas avoir construit un ouvrage de protection d'une route de montagne contre les chutes de pierres et de glaçons, « solution hardie » comme l'avait noté M. RAVAT. En appel, le Conseil d'Etat n'a pas jugé que cet ouvrage aurait pu constituer un aménagement de l'ouvrage principal routier et que son absence pouvait s'analyser comme le défaut de construction d'un parapet sur certaines routes, lequel peut engager la responsabilité de l'administration (voir F.P. Bénorr, J.-Cl. A., Fasc. 725, n° 109 à 113. Cpr. en particulier avec l'arrêt C.E. 3 novembre 1972, *Ministre de l'Équipement c. Houillères du bassin des Cévennes et du Midi*, Rec., p. 710 : responsabilité de l'Etat pour ne pas avoir protégé une route contre des chutes de pierres par des « installations appropriées et d'un coût modéré »). Le Conseil d'Etat a donc annulé ce jugement : C.E. sect. 11 avril 1975, *Département de la Haute-Savoie*, A.J.D.A. 1975, p. 528, concl. Labetoulle.

un ouvrage public, elle peut être inquiétée sur le terrain de la faute lourde de police pour ne pas en avoir édifié quand cela aurait été nécessaire pour parer à un danger d'une certaine gravité.

Pour expliquer cette jurisprudence, on peut certes recourir à la formule de M. Waline en tirant les conséquences sur le plan des obligations de l'administration : si des travaux publics exécutés peuvent être un « mode d'exercice de la police », celle-ci est susceptible de commettre une faute en ne les exécutant pas. Mais on se heurte aux mêmes objections que précédemment : dans la structure de notre droit, on ne voit pas comment conférer à la police une place et un fondement homogènes qui en feraient une fonction dont certains travaux publics seraient un procédé, alors surtout que l'inverse est vrai également : l'exécution de travaux publics suppose aussi quelquefois la mise en œuvre du procédé policier (lorsqu'il s'agit par exemple d'interdire à la circulation une route en réfection ou d'imposer une limitation de vitesse à raison de ces travaux).

Dans une telle situation, on ne peut donc formuler qu'une règle d'identification des deux notions, mais on ne peut pas fournir une explication générale : seule la police — et uniquement la police municipale semble-t-il — peut être mise en cause lorsqu'un dommage se produit en raison de l'inexécution de certains travaux publics en dehors de tout ouvrage public¹⁰, l'administration en tant que maître d'ouvrage ou en tant que maître d'œuvre n'ayant l'obligation que de bien effectuer l'opération entreprise ou de bien entretenir l'ouvrage déjà construit.

Mais cette règle n'implique pas que la police n'intervienne pas lorsqu'un travail ou un ouvrage public est déjà exécuté.

§ 2. LES CARENCES DANS L'ENTRETIEN D'UN OUVRAGE PUBLIC

Même lorsqu'un ouvrage public peut être mis en cause, la police n'en continue pas moins, dans certains cas, d'assumer ses obligations, de sorte que dans cette nouvelle série d'hypothèses également les deux notions de police administrative et de travail public viennent quelquefois à entrer toutes deux en jeu. L'on doit donc chercher s'il existe une distinction de principe entre les deux obligations de police et d'entretien (A) et tenter de rendre compte de leur fréquente assimilation pratique (B).

A. LA DISTINCTION DE PRINCIPE ENTRE L'OBLIGATION DE POLICE ET L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

Il est relativement aisé de comprendre que les deux obligations, ne serait-ce que par leur contenu matériel, sont différentes : une

¹⁰ Sous réserve des solutions admises par les arrêts *Mascaret* et *Robin* précités (V. *supra*, note 4).

chose est de faire fonctionner, d'aménager ou d'entretenir normalement l'ouvrage public ; une autre est de prendre les mesures normatives ou matérielles tendant à ce que l'ouvrage soit utilisé en toute sécurité ou ne cause par lui-même aucun trouble à l'ordre public. Toutefois, on conçoit aussi que, dans certaines hypothèses concrètes, il soit difficile de les distinguer sur ce plan.

Mais ces deux obligations d'entretien et de police ne sont pas seulement distinctes en principe par leur contenu matériel : elles le sont aussi par leur nature juridique (1°), et cela même lorsqu'il advient que, dans certaines espèces, leur contenu matériel est identique (2°).

1° La distinction des deux obligations lorsque leurs contenus matériels sont différents

216. — Une preuve de la différence de nature de ces deux obligations réside dans le fait qu'un recours invoquant la méconnaissance de l'une et de l'autre obligations repose sur deux « causes juridiques distinctes »¹¹.

L'intérêt pratique de cette distinction est, on le sait, important : la règle de la décision préalable ne s'applique pas lorsqu'on invoque la méconnaissance de l'obligation d'entretien ; le délai de recours contentieux n'est plus en ce cas limité à deux mois ; le système de responsabilité ou la charge de la preuve sont différents ; la collectivité à actionner n'est plus nécessairement la commune mais celle qui est propriétaire de l'ouvrage...¹².

1. Toutes ces différences de régime justifient que, dans de nombreuses espèces, le juge contrôle dans quelle mesure l'une et l'autre des deux obligations ont pu être méconnues¹³ : ainsi, à

¹¹ V. p. ex. C.E. 7 novembre 1969, *Dame Veuve Agissol*, Rec., p. 482 : lorsqu'un requérant n'invoque en première instance que le défaut d'entretien normal de l'ouvrage, il est irrecevable à se prévaloir pour la première fois en cause d'appel de ce que le maire aurait également commis une faute en ne prenant pas les mesures de police nécessaires pour éviter l'accident, car cette dernière prétention repose sur une cause juridique distincte. V. aussi 25 octobre 1967, *Ville d'Antibes*, Rec. T., p. 900.

¹² V. *supra*, Introduction du Chapitre, n° 202.

¹³ V. par exemple C.E. 4 janvier 1961, *Palmier*, Rec., p. 2 : le riverain d'un fossé non curé avait subi des inondations : le Conseil d'Etat a distingué deux parties dans ce fossé : l'une, aménagée, qui constituait un ouvrage public ; l'autre, non aménagée, qui ne pouvait recevoir cette qualification ; le juge a statué sur la base du défaut d'entretien normal de la première partie, le requérant étant usager (mais en l'espèce l'entretien a été jugé normal) ; pour la seconde partie du fossé, il a recherché si le défaut de curage ne constituait pas une faute lourde de police (faute réalisée en l'espèce) (voir également, C.E. 27 novembre 1919, *Ville de Nevers*, Rec., p. 1037) ; en réalité, le juge aurait tout aussi bien pu rechercher si l'absence de mesure propre à éviter les inondations était constitutive d'une faute lourde de la police, même à propos de la partie aménagée du fossé (V. en ce sens, C.E. 15 juillet 1953, *Vincent frères*, req. n° 8180, Som. 752, cité par D. DORLENCOURT-DÉTRAGIACHE, *op. cit.*, p. 814 et 818). Dans l'espèce *Palmier*, cet examen apparaissait cependant inutile, car il n'y avait même

propos de l'affaire *Labat*¹⁴, dans laquelle il s'agissait de l'effondrement d'une marquise de gare ferroviaire sous le poids de spectateurs qui s'y étaient juchés pour assister à une commémoration, le juge administratif a condamné l'Etat — à proportion de trois quarts des dommages — pour la faute lourde de ses services de police qui n'avaient pas suffisamment surveillé les spectateurs, et la S.N.C.F. — à proportion d'un quart — pour le défaut d'entretien normal que constituait le fait d'avoir laissé une échelle à proximité des lieux¹⁵. Il fallait donc distinguer ici les deux obligations car elles ne pèsent pas sur le même patrimoine. D'autres raisons tirées de la différence de régime justifient également cette distinction. Dans une espèce *Talleg* du 24 janvier 1964¹⁶, la Haute Assemblée a même retenu trois hypothèses possibles de responsabilité administrative : une personne s'était heurtée contre un garage mobile à bicyclettes que le service du matériel d'une préfecture avait laissé de nuit sur le trottoir proche du bâtiment administratif ; le Conseil d'Etat fit une réponse négative à la question de savoir si les services de police avaient commis une *faute lourde* en ne supprimant pas l'obstacle à la tombée de la nuit ; la réponse fut également négative lorsqu'il se demanda si l'insuffisance d'éclairage de la rue constituait un *défait d'entretien normal* de la voie publique¹⁷ ; par contre, le fait de laisser le garage au lieu de l'enlever comme chaque soir constituait une *faute simple* du service du matériel de la préfecture¹⁸.

pas défaut d'entretien de l'ouvrage public : *a fortiori* ne pouvait-il y avoir faute lourde dans l'exercice de la police.

- 14 C.E. sect. 24 novembre 1967, Rec., p. 444 ; C.J.E.G. 1969, Jp., p. 485 ; A.J.D.A. 1968, Chronique p. 135. — V. aussi C.E. 9 mars 1966, *Ministre des Travaux publics c. sieur Latu*, Rec., p. 198 ; A.J.D.A. 1966, p. 362 ; — T.C. 6 novembre 1967, *Sieur Latu*, A.J.D.A. 1968, p. 134 ; C.J.E.C. 1969, p. 210, note Fr. MODERNE ; C.E. 27 novembre 1967, *Delle Labat*, R.D.P. 1968, p. 180, 648 et 659, concl. Baudouin et note WALINE.
- 15 Dans d'autres arrêts également, le défaut de surveillance est assimilé à un défaut d'entretien : V. C.E. 7 octobre 1960, *S.A.R.L. Ets Jullien, Olive et fils et sieur Chiemo*, Rec., p. 525 ; A.J.D.A. 1961, p. 371.
- 16 Rec., p. 44.
- 17 Comme nous le verrons, le défaut d'éclairage peut cependant être imputé à la police : V. *infra* n° 220 et 223, à propos des arrêts C.E. 8 mai 1963, *Commune de Maisons-Lafitte*, Rec., p. 277 ; et C.E. 2 février 1973, *Ministre Equipement et Logement et Ville de Meudon c. Consorts Lemarots*, Dr. Adm. 1973, n° 107.
- 18 Pour d'autres exemples, V. les arrêts : C.E. 22 octobre 1975, *Bergon*, Rec., p. 521 ; R.D.P. 1975, p. 397 : pendant les événements de mai-juin 1968, des inconnus avaient, en pleine nuit et sur une route nationale, allumé un feu de soufre dont les émanations opaques avaient provoqué un véritable barrage de fumée ; C.E. 9 juillet 1975, *Société des Etablissements Hillairin*, Rec., p. 420 ; R.D.P. 1976, p. 397 : convoi exceptionnel s'étant renversé sur une route ; C.E. 30 juin 1976, *Carrier*, Rec., p. 341 : espèce dans laquelle un campeur installé sur un terrain municipal a été blessé par la chute d'une branche arrachée par un orage ; mais ici le contenu des obligations respectives du service public, du propriétaire de l'ouvrage et de la police sont moins bien distinguées les unes des autres (rejet) ; V. aussi l'espèce précitée C.E. 27 novembre 1974, *Commune de Villenave-d'Ornon c. Bayens* et la note de M. BELANGER, D. 1976, III, p. 100.

2. Ces différences de régime expliquent aussi que le juge, dans certaines décisions, n'examine la méconnaissance que d'une seule des deux obligations sans que cela remette en cause leur dualité de principe.

— Ainsi, lorsque la responsabilité de l'administration est déjà engagée au regard de son obligation d'entretien, il est douteux que le juge ait à rechercher si l'obligation de police a été respectée. Il ne le fait, en cas de défaut effectif d'entretien normal, que si les deux obligations n'incombaient pas à la même collectivité ou au même patrimoine¹⁹. Mais même si aucun défaut d'entretien normal ne peut être relevé, le juge n'a pas toujours à examiner la responsabilité de la police : en effet, si l'administration parvient à prouver qu'elle avait normalement entretenu l'ouvrage — parce qu'elle avait procédé à une visite systématique des lieux très peu de temps avant que ne se produise la défectuosité et que la formation de celle-ci a immédiatement précédé l'accident —, le requérant aura beaucoup de mal en pratique à établir une faute lourde à la charge de l'autorité de police²⁰ ; c'est pourquoi il ne l'invoque pas toujours, ce qui bien sûr dispense le juge d'examiner la responsabilité de la police.

— En sens inverse, alors qu'un ouvrage public était en cause dans le litige, il arrive que le juge ne condamne pour faute que la police ou tel service public traditionnellement rattaché à la police²¹.

19 Dans une espèce *Roba* du 12 juin 1970 (Rec., p. 394) une personne avait été victime d'un accident provoqué par l'effondrement d'une dalle d'égout située sur une esplanade aménagée en place de stationnement : le défaut d'entretien normal fut sanctionné et la commune put appeler en garantie l'entrepreneur chargé des travaux, lequel fut condamné solidairement ; mais la commune, avisée des dégâts subis par l'ouvrage, s'abstint de pallier la négligence de l'entrepreneur alors qu'elle organisait le soir même de l'accident une manifestation publique sur cette esplanade ; elle fut donc condamnée en outre pour n'avoir pris aucune mesure de police propre à assurer la sécurité des spectateurs et dut finalement supporter un tiers des conséquences dommageables de l'accident. V. aussi C.E. 20 avril 1966, Rec., p. 270 (chute de toboggan qui aurait pu mettre en cause « le service de surveillance des jeux d'enfants »).

20 L'inverse est vrai également : V. par exemple, C.E. 25 janvier 1977, *Commune de Villeneuve-le-Roi*, A.J.D.A. 1977, p. 447 : une plaque de verglas qui s'était formée sur une route départementale dans la traversée de la ville avait causé un accident : les requérants n'ont recherché que la responsabilité de la police ; le Conseil d'Etat a jugé : « En ne prenant pas les mesures nécessaires pour signaler ou faire disparaître le danger constitué par la plaque de verglas incriminée, dont la présence sur la chaussée était récente, le maire n'a commis, dans les circonstances de l'affaire, aucune faute lourde dans l'exercice de ses pouvoirs de police ». Il est donc hautement probable que si les requérants s'étaient adressés, comme ils le devaient, à la « collectivité publique responsable de l'entretien de cette voie » (le département), le défaut d'entretien normal n'aurait certainement pas été retenu à raison du caractère récent de la formation de la plaque.

21 V. C.E. 26 février 1958, *Ministre des Travaux publics c. Thiry*, R.P.D.A. 1958, p. 60, n° 136 : faute du service d'annonce des crues, activité souvent considérée comme relevant de la police (voir C.E. 12 décembre 1956, *Etienné*, A.J.D.A. 1957, p. 11, concl. Gazier) (manœuvre de vannes défectueuse). V. aussi C.E. sect. 28 mai 1971, *Dame Gautheron*, Dr. Adm. 1971, n° 197 ; Rec.,

Certes, cela apparaît à première vue relativement logique si l'obligation de police et l'obligation d'entretien sont distinctes. Mais le juge assimilant depuis longtemps, en matière de dommages de travaux publics, le fait du service au fait de l'ouvrage²², toute faute soit du service soit de la police commise à propos du fonctionnement de l'ouvrage devrait être assimilée à un dommage de travaux publics. L'exception à cette assimilation peut provenir d'une erreur de procédure de la part du requérant quand il n'actionne que la collectivité à qui incombait la police des lieux alors qu'il aurait dû aussi actionner la collectivité chargée de l'entretien²³; mais, en dehors de ce cas, il faut une autre explication : cette explication réside-t-elle dans le fait que la police ne serait pas un service public ? Tient-elle, dès lors que par ailleurs le Conseil d'Etat considère la police comme un service public, à ce que celle-ci ne serait pas un service public comme les autres, ou encore à ce que l'on devrait toujours la distinguer du service chargé de l'entretien ou du fonctionnement de l'ouvrage²⁴ ? A défaut de pouvoir répondre ici à ces questions, on peut aussi rendre compte de cette exception par la volonté du juge de limiter dans certains cas, par l'exigence d'une faute (lourde souvent), la responsabilité de l'administration et, lorsque celle-ci doit tout de même être engagée, d'imputer à un patrimoine plutôt qu'à tel autre la charge indemnitaire.

Dans toute cette série d'hypothèses, la distinction juridique entre les deux obligations est facilitée par la différence plus ou moins

p. 402 ; A.J.D.A. 1971, p. 687 et même revue 1972, p. 97, chronique LABETOULLE et CABANES : responsabilité pour faute prouvée du service public communal de surveillance des égouts et non pour le risque créé par l'égout, ouvrage public de l'Etat en l'espèce ; V. également : C.E. sect. 3 juillet 1970, *Ville de Laon c. Reverdy*, Rec., p. 461 et C.E. sect. 17 décembre 1971, *Sieur Vericel*, Rec., p. 782 ; A.J.D.A. 1972, p. 124, même revue p. 97, chronique précitée (mais, en l'espèce, des galeries souterraines passant sous la voie publique ne sont pas considérées, à raison de leur trop grande profondeur, comme des accessoires de l'ouvrage public). Il faut donc relever une différence entre cet arrêt *Gautheron* et l'arrêt *Palmier* précité : dans ce dernier arrêt, la responsabilité est appréciée dans le cadre de la théorie des dommages de travaux publics causés en l'espèce à un usager ; dans l'arrêt *Gautheron*, il s'agit aussi d'un ouvrage public de collecte d'eaux usées ou de drainage, mais le Conseil d'Etat se place sur le terrain de la faute du service d'entretien des égouts assuré par la ville.

22 C.E. 27 novembre 1931, *Lemaire* : ordre malencontreux d'un officier de port ayant provoqué un accident : dommage de travaux publics, bien que l'officier ait agi dans le cadre de ses pouvoirs de police de la circulation dans le port (Rec., p. 1030 ; S. 1932, III, p. 33, note BONNARD) ; V. aussi C.E. 25 janvier 1935, *Loubal*, Rec., p. 110 (déversement de matières usées).

23 C.E. 11 janvier 1967, *Gein*, Rec., p. 9 : le requérant avait fait une chute de motocyclette causée par la présence de gravillons sur la chaussée communale d'une route départementale : le Conseil d'Etat ne recherche que la faute éventuelle de la commune au titre de la police, car devant cette juridiction la victime n'avait songé, qu'après l'expiration du délai d'appel, à mettre également en cause le propriétaire de la route. V. aussi l'arrêt précité *Commune de Villeneuve-le-Roi*.

24 Mais alors la jurisprudence *Lemaire* ne se justifierait plus puisque c'était justement une injonction de la police de la circulation dans les ports qui avait causé le dommage assimilé au fait de l'ouvrage portuaire.

marquée de leur contenu matériel. Mais même lorsque celui-ci est identique, cette distinction de principe doit être maintenue.

2° La distinction des deux obligations lorsque leur contenu matériel est identique

217. — Il est plus rare que le contenu matériel de l'obligation d'entretien soit exactement le même que celui de l'obligation de prévention. Néanmoins cela se produit lorsque la seule mesure de prévention concevable serait précisément un entretien normal de l'ouvrage public. Or, même dans ce cas, le juge ne confond pas les deux obligations.

Une affaire *Huet* du 6 mars 1968²⁵ en témoigne : un jeune garçon s'était blessé sur des tessons de bouteilles qui se trouvaient au fond d'un petit bassin aménagé sur une plage et rempli d'eau de mer à chaque marée ; les deux obligations éventuelles d'entretien et de prévention présentaient le même contenu matériel qui consistait simplement à enlever ces tessons de bouteilles. Le Conseil d'Etat examina le point de savoir si le fait de ne pas les avoir enlevés constituait soit un défaut d'entretien normal de l'ouvrage public, soit une faute lourde dans l'exercice de la police. L'action fut rejetée sur ses deux fondements mais la circonstance qu'elle ait été traitée de la sorte atteste bien la nécessité de les distinguer juridiquement malgré leur possible identité matérielle.

Dès lors, comment justifier que la jurisprudence puisse quelquefois les assimiler complètement ?

B. L'ASSIMILATION FREQUENTE DE L'OBLIGATION D'ENTRETIEN ET DE L'OBLIGATION DE POLICE

Cette assimilation entre les deux obligations se réalise dans les deux sens possibles : le droit positif peut imputer au propriétaire pris en tant que tel une obligation policière de prévention (1°) et, inversement, tenir la police pour responsable d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage (2°).

1° L'imputation au propriétaire d'un défaut de prévention

218. — Il s'agit ici de l'assimilation la plus courante en raison du caractère attractif de la notion de dommage de travaux publics.

C'est ainsi, tout d'abord, que lorsque le dommage trouve sa source dans plusieurs causes, le juge admet qu'il s'agit d'un « dommage de travaux publics dans son ensemble »²⁶. Lorsque le dommage

25 Rec., p. 166.

26 C.E. 7 juin 1935, *Commune de Caluire-et-Cuire*, Rec., p. 672.

n'est dû qu'à une seule cause et lorsque celle-ci — malgré la difficulté de distinguer par un critère matériel l'obligation de prévention de l'obligation d'entretien — semblerait devoir constituer plutôt une carence de police, le juge, quelquefois, se place néanmoins dans le droit des travaux publics : par exemple, l'absence de matériel de sauvetage sur un quai est un défaut d'entretien normal de l'ouvrage²⁷ ; de façon plus caractéristique encore, la non-interdiction à la circulation d'un chemin pour en protéger la viabilité révèle un défaut d'entretien normal de l'ouvrage²⁸.

Le caractère attractif de la notion de dommage de travaux publics peut se justifier ici par une volonté de simplification ou par le souci de réserver un sort plus favorable aux victimes. Il peut l'être aussi par le désir de conférer à l'activité normative un rôle plus subsidiaire dans la prévention du danger : il est en effet souvent plus simple, plus efficace et plus libéral de satisfaire l'obligation de prévention par un dispositif matériel que par une interdiction ou une réglementation : c'est pourquoi, lorsque l'utilisation de tel ouvrage public n'était pas réglementée de façon à en assurer la sécurité, le Conseil d'Etat, bien que relevant cette carence, n'incrimine cependant que le défaut d'entretien normal de l'ouvrage que constitue éventuellement cette absence de dispositif de protection²⁹.

En lui-même, ce type d'assimilation ne comporte guère d'enseignement sur la notion de police administrative, si ce n'est qu'elle subit des restrictions en fonction de considérations purement téléologiques. Mais l'imputation à la police de la méconnaissance d'une obligation d'entretien apparaît plus instructive.

2° L'imputation à la police d'un défaut d'entretien

219. — 1. Lorsqu'un ouvrage public est mal entretenu et cause par suite un accident, il arrive que le juge décharge le propriétaire

27 C.E. 20 novembre 1957, *Hopley*, Rec., p. 630. Par contre, constitue une faute de police le fait, sur une plage lacustre non aménagée pour la baignade mais habituellement fréquentée par le public, de ne pas avoir installé quelque moyen permettant d'alerter rapidement un centre de secours : C.E. 13 mai 1983, *Vve Lefebvre*, Dr. Adm. 1983, n° 261, A.J.D.A. 1983, p. 476, concl. Boyon.

28 C.E. 8 mai 1936, *Commune de Signy-Signet*, Rec., p. 515 ; V. aussi C.E. 2 juillet 1943, *Longuenesse*, Rec., p. 173 : l'absence de mesure de sécurité que devait comporter le fonctionnement d'un pont tournant est un défaut d'entretien normal.

29 V. C.E. 9 décembre 1970, *Ministre de l'Équipement c. époux Losser*, Rec., p. 745 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la galerie de laquelle est tombée la demoiselle Reiser dans le précipice au fond duquel coule la Vésudie (...) constitue une dépendance de l'ouvrage public ; qu'elle se trouve au même niveau que la chaussée ; qu'elle est ainsi facilement accessible aux usagers de la voie publique ; que l'entrée n'en est pas interdite ; que, dès lors, l'absence de dispositif de protection à son extrémité révèle en l'espèce un défaut d'entretien normal de l'ouvrage public... » (V. aussi, bien qu'il s'agisse plutôt d'un défaut de signalisation, C.E. 29 novembre 1962, *Commune de Saint-Barthélemy-de-Vals*, Rec. T, p. 1001).

de toute responsabilité et condamne au contraire la collectivité à qui incombait la police de la sécurité ou de la salubrité des lieux considérés.

Dans une espèce *Commune de Bligny-le-Sec* du 13 juillet 1968³⁰, « l'accumulation de boue et de bouse de vache » sur une route départementale traversant le village était telle qu'elle provoqua le dérapage d'un véhicule ; le Conseil d'Etat jugea en termes très nets : « qu'en admettant que par suite de l'accumulation de ces immondices la voie publique où l'accident s'est produit présentait un défaut d'entretien normal, le fait était de nature à engager non la responsabilité du département (...) dans le domaine public duquel ladite voie est rangée, mais celle de la commune de Bligny-le-Sec à qui incombait la charge des travaux de nettoyage que l'état de la chaussée aurait rendu nécessaires » ; ... « le danger excédait les obstacles que les usagers de la voie publique doivent s'attendre à rencontrer dans la traversée d'une agglomération même lorsque celle-ci présente (...) un caractère rural ; en l'espèce, le fait qu'un panneau de signalisation portant la mention « route glissante » était apposé à l'entrée de l'agglomération était « insuffisant ».

La responsabilité de la commune a donc été engagée non parce que la signalisation elle-même aurait été insuffisante quant à ses dimensions, mais parce que le fait de se borner à signaler était insuffisant : il fallait nettoyer ; et c'est à la commune que ce travail incombait au titre de ses obligations de police³¹.

2. Comment le juge peut-il transférer de la collectivité responsable de l'entretien à celle exerçant la police la charge d'une telle obligation et dans quels cas procède-t-il à ce transfert ?

Il semble que tout se passe comme si la police et en particulier la police municipale, retrouvant sa plénitude originaires, devait se substituer à la collectivité normalement chargée de l'entretien de l'ouvrage à chaque fois que cette dernière n'a pas assumé ses obligations et que cela crée une situation dangereuse. En deçà d'un certain degré de danger, seule la personne publique chargée de l'entretien peut être recherchée pour défaut d'entretien normal apprécié selon le droit des travaux publics³² ; au delà, la police doit

30 R.D.P. 1969, p. 540. V. aussi : C.E. 23 février 1968, *Ministre de l'Équipement c. Lantiaux et Commune de Sapignies*, Rec., p. 140 ; — 9 octobre 1968, *Commune de Valagnat c. époux Bouilly*, Rec., p. 483 ; J.C.P. 1968, II, 15606 bis.

31 V. aussi C.E. 2 février 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement et Ville de Meudon c. conjoints Le Marois*, Dr. Adm. 1973, n° 107 analysé *infra* (défaut d'éclairage ; si l'éclairage avait été mis en place, il se serait agi sans doute d'un travail public au sens matériel du terme). V. aussi à propos d'un défaut de signalisation : C.E. sect. 26 novembre 1976, *Département de l'Hérault*, Rec., p. 514, concl. Galabert ; Dr. Adm. 1976, n° 390 ; A.J.D.A. 1977, p. 266, note J. NGUYEN DUY TAN : accident causé par la présence d'une nappe d'eau non signalée sur une route départementale, mais dans la traversée d'une agglomération.

32 V. C.E. 25 juillet 1975, *Département de l'Isère*, R.D.P. 1976, p. 394. V. aussi C.E. 26 janvier 1977, *Commune de Villeneuve-le-Roi* précité : ici cependant même la collectivité chargée de l'entretien n'aurait pas été condamnée.

intervenir à la place de cette collectivité car elle a pour mission de parer aux exigences immédiates de la sécurité. Il en résulte cette double conséquence que, plus le danger est grave, plus la police doit se substituer aux propriétaires défaillants — qu'il s'agisse d'une collectivité publique comme en l'espèce ou d'un particulier comme dans la jurisprudence *Mimouni* — et que plus la carence de ces derniers est grave, plus sa responsabilité a des chances d'être engagée, soit parce que n'intervenant pas elle peut commettre une faute lourde de police, soit parce qu'intervenant elle exécute alors des travaux publics dont les conséquences dommageables devraient être réparées sur la base du risque vis-à-vis des tiers ou de la faute présumée vis-à-vis des usagers de l'ouvrage³³ et³⁴.

Ces explications devraient être en principe maintenues à propos de la qualification du défaut de signalisation. Mais celle-ci apporte cependant des éléments complémentaires ou particuliers pour la connaissance de la notion de police administrative.

§ 3. LES CARENCE DE SIGNALISATION

La signalisation d'un danger ou de l'existence d'une norme de police visant des buts évidents de sécurité ou de police, le défaut de signalisation devrait révéler une carence de police. Cependant, cette proposition n'est que rarement exacte à raison, là encore, du caractère attractif de la notion de travail public. En outre, même ainsi rectifiée, cette proposition subit aussi certaines exceptions et contradictions. Prenant ici l'expression « défaut de signalisation » dans un sens large, c'est-à-dire couvrant aussi bien l'absence que la défectuosité de la signalisation et ce dernier mot lui-même désignant aussi bien l'indication matérielle par un panneau que par un avertissement oral par exemple, on peut le vérifier en distinguant trois situations différentes : le défaut de signalisation d'un danger en dehors de tout ouvrage public (A), le défaut de signalisation d'un danger lié à l'ouvrage public (B), le défaut de signalisation d'une mesure à caractère normatif relative à un ouvrage ou un travail public (C).

A. LE DÉFAUT DE SIGNALISATION EN DEHORS DE TOUT OUVRAGE OU TRAVAIL PUBLIC

Dès lors qu'aucun ouvrage public n'est en cause, il est logique que le défaut de signalisation relève entièrement du droit de la police (1°); cette règle, malgré tout, n'apparaît pas absolue (2°).

33 Si l'on peut étendre et transposer aux usagers la solution admise par la jurisprudence *Mimouni* et *Marmuse* à propos de tiers vis-à-vis des travaux.

34 Malgré tout, l'appel en garantie et l'action récursoire de la commune contre le propriétaire de l'ouvrage ou la personne qui devait l'entretenir restent ouverts. V. C.E. sect. 26 novembre 1976, *Département de l'Hérault*, précité note 31.

1° Le principe

220. — Alors même que l'implantation d'un panneau de signalisation du danger et l'exécution des travaux qui pourraient supprimer ce danger seraient susceptibles de constituer des travaux publics³⁵, le défaut de cette signalisation en dehors de tout ouvrage public ne saurait être rattaché au droit des travaux publics. Les exemples jurisprudentiels abondent depuis quelques années; il n'y a pas lieu d'y insister ni de se préoccuper ici du point de savoir pourquoi la faute lourde n'est pas toujours requise pour obtenir la condamnation de l'administration. Citons seulement la jurisprudence *Lafont* (C.E. 27 avril 1967)³⁶ en matière d'avalanche sur les pistes de ski, la jurisprudence *Le Fichant* (C.E. 7 mars 1971)³⁷ relative à l'absence de signalisation des dangers dans les baignades et la jurisprudence *Commune de Maisons-Laffite* (C.E. 8 mai 1963)³⁸ à propos du défaut

35 V. pour une espèce très particulière : C.E. 29 janvier 1971, *Association Jeunesse et Reconstruction*, R.D.P. 1971, p. 1473, note WALINE : travaux de protection contre les avalanches et les éboulements de terrain.

36 Rec., p. 182; D. 1967, II, p. 343, concl. Galabert; A.J.D.A. 1967, p. 272, chronique de jurisprudence; V. aussi : T.A. Grenoble 14 octobre 1964, *Franchi et Lafont*, Rec., p. 746; D. 1965, I, p. 697, note P. LEROY; J.C.P. 1965, II, 13975, note RABINOVITCH; — C.E. 22 décembre 1971, *Commune de Mont-de-Lans*, Rec., p. 789; R.D.P. 1972, p. 949, note WALINE : la non-signalisation d'un risque d'avalanche constitue une faute du « service des pistes » (lorsqu'il est érigé), de « nature à » engager la responsabilité de la commune au titre de ce service et de la police municipale (sur le problème de la qualification de cette activité de police ou de service public, V. *infra*, n° 236). V. aussi : note Fr. MODERNE sous T.A. Grenoble 19 juin 1974, *Carot et autres*, Gaz. Pal. 23 avril 1975 et C.E. 25 février 1976, *Commune des Contamines-Montjoie*, Dr. Adm. 1976, p. 123.

37 Rec., p. 185; A.J.D.A. 1971, p. 630, note J. MOREAU : la non-signalisation d'un bloc de pierre et de ciment dans le lit d'une rivière servant de baignade constitue « une faute de nature » à engager la responsabilité de la commune au titre de l'article 97 du Code de l'Administration communale; V. aussi C.E. 26 février 1969, *Dame veuve Gravier*, A.J.D.A. 1969, p. 319; Rec. T., p. 760 et 1251 et C.E. 11 juin 1969, *Commune de Courmoult-d'Auvergne*, Rec. T., p. 760 et 951 : la première de ces décisions est un arrêt de rejet pour absence « de faute de nature » à engager la responsabilité administrative; la seconde rejette la requête parce que la rivière ne présentait pas « des dangers excédant ceux que l'on rencontre habituellement dans les cours d'eau de cette nature » et parce que le maire n'était pas « tenu de prendre des mesures de surveillance ou d'installer un dispositif de signalisation à cet endroit » (résumé de l'arrêt par les Tables du Recueil Lebon).

38 Rec., p. 277; V. aussi C.E. 8 janvier 1964, *Ville de Brive c. dame Ardouin*, Rec. T., p. 851 : « L'instabilité d'une plaque d'égout sur le trottoir d'une voie privée ne constitue pas une faute lourde engageant la responsabilité de la ville au titre de la police de la circulation »; il est à noter que, dans l'arrêt *Commune de Maisons-Laffite*, la responsabilité de l'administration a été sanctionnée pour une faute non qualifiée. Dans ces espèces, le juge statue sur la base du droit de la police parce que les travaux ou ouvrages n'étaient pas publics; mais, bien entendu, de tels travaux peuvent être exécutés même sur des voies privées : V. C.E. 30 mai 1947, *Ville de Rueil-Malmaison*, Rec., p. 234 et C.E. sect. 18 mai 1973, *Ville de Paris c. Djan*, Rec., p. 361; ils peuvent l'être également au titre de la police (assainissement des voies privées : voir affaire *Marmuse*, C.E. 6 mars 1970, Rec., p. 165, étudiée dans la Section I, n° 208, note 44 et n° 212).

de signalisation et d'éclairage de travaux effectués dans une voie privée ouverte au public.

Ces jurisprudences, à la différence des exceptions qu'elles comportent, ne soulèvent pas de difficulté en ce qui nous concerne.

2° Les exceptions

221. — 1. Dans des circonstances analogues, le juge place quelquefois le litige sur le terrain des travaux publics.

A propos d'une action en responsabilité intentée à la suite de l'éboulement d'un rocher situé sur la rive du Tarn, un arrêt *Mascrot* du 5 février 1954³⁹ statuait en ces termes : « Considérant que le sieur Mascrot soutient que cet accident est dû à une faute de l'Etat résultant du défaut d'entretien de cette partie du domaine public à laquelle les promeneurs avaient libre accès ou, tout au moins, au défaut de signalisation du danger que l'état du rocher faisait courir au public ; que sa demande se trouve ainsi fondée sur l'inexécution d'un travail public ; qu'elle aurait dû, dès lors, être portée devant le conseil de préfecture seul compétent (...) en premier ressort ».

L'action, il est vrai, était dirigée contre l'Etat, mais la Haute Assemblée aurait pu tout aussi bien rattacher le grief de défaut de signalisation à la police et, s'agissant de police municipale, juger comme il l'a fait dans une affaire *Kalherras* (C.E. 6 mai 1970)⁴⁰ qu'aucune obligation de cette sorte n'incombe à l'Etat. On ne saurait pas plus expliquer cette exception par la localisation de l'accident, dès lors que nombre d'arrêts examinent la responsabilité administrative dans le cadre du droit de la police même si l'accident s'est produit sur ou à cause du domaine public⁴¹ : les notions de domaine public et travail public sont juridiquement indépendantes.

2. L'explication semble devoir se trouver dans le fait que la théorie administrative de la carence a été plus longue à s'élaborer en matière de police qu'en matière de travaux publics⁴² ; en 1954, la jurisprudence avait certes déjà sanctionné des carences de police, mais les mesures dont l'absence avait causé un dommage présentaient alors un caractère normatif plus marqué qu'en l'espèce ; relativement à ses carences, la police était encore appréhendée davantage en tant que prérogative de puissance publique visant certains buts, qu'en tant qu'activité matérielle obligatoire : ainsi, ses carences ont été sanctionnées assez tôt en ce qui concerne les travaux qui eussent dû être exécutés au moyen d'une procédure

policière⁴³, mais pour ceux exécutables comme en l'espèce selon une procédure proche du droit commun, la notion de dommages de travaux publics s'ouvrirait depuis longtemps assez largement pour y faire entrer certains dommages dus à la méconnaissance par l'autorité de police de ses devoirs.

On peut de cette façon rendre compte de l'arrêt *Robin* (C.E. 18 décembre 1931)⁴⁴ qui, bien que se plaçant sur le terrain des travaux publics, sanctionnait une carence similaire à celle de l'arrêt *Le Fichant* : il s'agissait également du défaut de signalisation d'un rocher ; la différence entre les deux espèces tient seulement au fait qu'au lieu que la victime fût un baigneur le préjudice avait été subi par un bateau dans un fleuve navigable mais non aménagé. Une explication supplémentaire peut donc être recherchée dans la volonté du juge de constituer un bloc de contentieux autour des dommages subis par les usagers d'une voie publique, même lorsqu'elle n'apparaît pas comme un ouvrage public.

Lorsque, par contre, le danger provient de l'ouvrage public, le défaut de signalisation peut fort logiquement et par principe être apprécié dans le cadre du droit des travaux publics.

B. LE DÉFAUT DE SIGNALISATION D'UN DANGER TENANT A L'OUVRAGE PUBLIC

Le principe présente ici une portée très générale (1°) ; mais il connaît lui aussi des exceptions (2°).

1° Le principe

222. — Il n'est pas nécessaire d'illustrer le principe, parfaitement connu et appliqué par une jurisprudence exceptionnellement abondante⁴⁵ ; il convient tout de même de souligner que l'application du régime des dommages de travaux publics vaut non seulement lorsque le danger est dû à l'état défectueux de l'ouvrage public, mais aussi lorsqu'il provient d'une cause extérieure à cet ouvrage public (risque d'avalanche sur une route ou de traversée d'animaux sauvages, par exemple), dès lors que la victime l'utilisait.

Toutefois, la responsabilité de la police peut être engagée même à propos de la non-signalisation d'un danger propre à l'ouvrage public.

³⁹ Rec., p. 86.

⁴⁰ Rec., p. 304.

⁴¹ V. les arrêts C.E. 5 avril 1974, *Allieu* et 6 janvier 1971, *Dame Louvet*, précités.

⁴² V. DORLENCOURT-DÉTRAGIACHE, *op. cit.*, p. 814 et 819, qui cite notamment un arrêt du 10 mai 1907 (*Département de la Dordogne c. Maleville*, Rec., p. 438), traitant dans le cadre du droit des travaux publics une carence qui, selon l'auteur, était celle « des services de police ».

⁴³ V. C.E. 25 avril 1941, *Manuel*, précité.

⁴⁴ Rec., p. 1137 ; D. 1932, III, p. 33, concl. Etori, note APPLETON.

⁴⁵ Nous renvoyons à cet égard à la note très approfondie et complète de M. ROBERT sous le jugement du T.A. de Grenoble du 31 mai 1972, *Mameaux c. Ministre de l'Équipement* au D. 1973, p. 431.

2° Les exceptions

223. — Tout comme l'obligation d'entretien, l'obligation de signaler peut être mise à la charge conjointe et solidaire du propriétaire et de la collectivité à laquelle incombe la police des lieux ou même à cette dernière exclusivement.

1. Dans un arrêt *Ministre de l'Équipement et Ville de Meudon c/ Consorts Le Marois* du 2 février 1973⁴⁶, le Conseil d'État a jugé qu'un accident dû à la présence d'un ouvrage public non signalé situé à l'intérieur d'une agglomération engageait conjointement et solidairement la responsabilité du maître de l'ouvrage (l'État) et celle de la commune pour « l'insuffisance de signalisation et d'éclairage qui incombaient [à celle-ci] en vertu des articles 97 et 98 du Code de l'administration communale ».

La circonstance que ce défaut de signalisation ait été constaté dans une agglomération n'explique pas à elle seule que la police ait pu être également condamnée puisque dans une ville la responsabilité du propriétaire peut au contraire être recherchée à titre exclusif⁴⁷. Il faut voir la raison de la mise en cause de la police dans l'idée de complémentarité ou de solidarité de ses obligations par rapport à celles du propriétaire : alors que l'obligation d'éclairage et de signalisation incombe normalement au propriétaire de l'ouvrage⁴⁸, autrement dit relève du droit des travaux publics, la police doit se substituer au propriétaire défaillant comme si sa mission ne consistait pas tellement à éclairer, signaler ou exécuter des travaux, mais à prendre toutes dispositions qui s'imposent là où elle en a plus particulièrement la charge, c'est-à-dire dans les villes mais aussi dans tous les lieux et surtout dans toutes les circonstances où le danger public est plus grave.

46 Dr. Adm. 1973, n° 107. Pour un autre exemple, V. C.E. 1^{er} octobre 1971, *Sté d'assurances mutuelles générales France Accident*, Rec. T., p. 954 : responsabilité exclusive de la commune du fait de l'abstention du maire à signaler le danger dû à la présence d'une branche d'arbre surplombant d'une hauteur trop limitée la route nationale traversant l'agglomération. Cependant, dans des hypothèses analogues (non-signalisation de risques d'avalanches ou d'éboulements sur une voie publique de matériaux provenant de propriétés surplombant une route), le juge applique à l'encontre du propriétaire de la route la théorie du défaut d'entretien normal pour non-signalisation du danger (V. note de M. ROBERT précitée ; V. aussi, C.E. 3 novembre 1972, *Ministre de l'Équipement c. Houillères du bassin des Cévennes et du Midi*, Rec., p. 710 : défaut d'installation appropriée contre des chutes de pierres).

47 C.E. 6 octobre 1972, *Sieur Michel Roux*, R.D.P. 1973, p. 687 : l'État est seul déclaré responsable du défaut de signalisation des risques de dérapage que causait le revêtement glissant d'une route nationale dans la traversée d'une ville et, pour le condamner à titre exclusif, le Conseil d'État ne recherche pas, puisqu'il ne s'agit ici que de dommages de travaux publics, si la police de cette route (R.N. 20, sans doute classée parmi celles dites à grande circulation) est dans les attributions du maire (L. 131-3, al. 2 du Code des communes) ou du préfet (L. 131-3, al. 1 et 3).

48 Dans l'arrêt *Taltec* (C.E. 24 janvier 1964, précité), le défaut d'éclairage était traité comme un éventuel défaut d'entretien et non comme une carence de police.

2. Ainsi, même lorsque le danger provient directement de l'ouvrage public, il arrive que la police soit condamnée à titre exclusif, au moins quand la victime est un tiers par rapport à cet ouvrage : dans l'espèce *Commune de Châtelaudrain* du 28 mai 1971⁴⁹, un navigateur de plaisance participant à une épreuve d'entraînement préparatoire à des régates organisées par le Comité des fêtes de la commune, avait été électrocuté au passage de son bateau — dont le mât était métallique — sous une ligne à haute tension surplombant le plan d'eau. La responsabilité du propriétaire de l'ouvrage public aurait pu sans doute être engagée sur la base du risque⁵⁰, mais la requête était dirigée contre la commune et invoquait la carence du maire qui n'avait pas signalé le danger aux intéressés. Le Conseil d'État, en condamnant la commune sans juger que la requête était au moins en partie mal dirigée, accepta donc implicitement la qualification de carence de police de ce défaut de signalisation.

Si l'on se bornait à donner pour fondement à cette décision la circonstance qu'il s'agissait d'une fête organisée par la commune, activité traditionnellement régie par le droit de la police⁵¹, cela impliquerait que l'imputation des obligations ne répond pas à des exigences conceptuelles mais dépend des limites d'un bloc de contentieux purement conventionnel. Cette explication ne résoudrait pas non plus la question de savoir à qui aurait incombé la responsabilité de l'accident s'il s'était produit, en dehors de toute fête, sur un plan d'eau habituellement fréquenté par le public.

C'est pourquoi, au lieu de faire appel à cette explication, il vaut mieux justifier cette solution par l'idée que la police doit ou non voir sa responsabilité engagée en fonction du type de circonstances ou de risques dont il s'agit, ce qui éclaire la question de sa nature :

— en organisant une fête, c'est-à-dire en créant elle-même une situation qui peut comporter des dangers, la collectivité donne à la police un motif d'intervention et, lorsqu'un accident se produit, c'est celle-ci qui doit d'abord en supporter la responsabilité à raison de sa carence éventuelle, même si en définitive celle d'un tiers pouvait aussi être invoquée⁵² ;

— si la situation virtuellement dangereuse est créée indépendamment du fait de cette collectivité (cas d'une rue où des obstacles

49 Rec., p. 399 : condamnation partielle de la commune, à raison d'une faute de la victime.

50 Voir C.E. 22 mars 1974, *E.D.F. c. Labarthe-Dessus*, Dr. Adm. 1974, n° 154 : responsabilité pour risque d'E.D.F. au profit d'un agriculteur qui avait été électrocuté en utilisant normalement un corbeau de fil de fer dans un champ situé sous une ligne à haute tension.

51 V. BENOIT, *La responsabilité de l'administration du fait de la police administrative*, op. cit., et du même auteur en collaboration avec J. MOREAU, J.-Cl. A., Fasc. 716.

52 V. à propos de la fête ferroviaire organisée à Vic-en-Bigorre, les affaires *Labat* et *Latu* précitées. La collectivité peut aussi être responsable pour faute du service public qui constitue l'organisation de la fête (V. infra, chapitre suivant, Section I, n° 231, note 19 à 21).

peuvent se trouver, cas du plan d'eau fréquenté par le public en dehors de toute fête), la police doit être encore présente et assumer ses obligations de prévention à proportion du caractère public du danger et de la probabilité des risques, et ceci quelle qu'en soit l'origine; si le propriétaire n'a pas rempli son obligation, la police doit veiller à se substituer à lui car elle exerce une mission de sécurité publique à la fois irréductible et complémentaire par rapport aux obligations de celui-ci;

— si le danger n'est pas vraiment public⁵³ ou si le risque, bien que public, n'excède pas certaines limites⁵⁴, le propriétaire supporte seul la responsabilité des accidents.

Nous nous sommes efforcé ici de rendre compte de qualifications *a priori* étonnantes de certaines carences de signalisation. Mais il existe une dernière série d'hypothèses dans lesquelles le caractère attractif de la notion de travaux publics aboutit parfois à une véritable disqualification conceptuelle de la police.

C. LE DÉFAUT DE SIGNALISATION D'UNE MESURE A CARACTÈRE NORMATIF RELATIVE A UN TRAVAIL OU UN OUVRAGE PUBLIC

Il ne s'agit plus ici de la signalisation d'un danger dû à l'ouvrage public lui-même, mais de celle d'une mesure à caractère normatif tendant à régler les activités s'exerçant sur des ouvrages publics.

Parmi toutes ces situations, il en est certaines dont le rattachement au droit des travaux publics reste assez concevable compte tenu de leur liaison plus ou moins étroite avec un ouvrage ou un travail public (1°); il en est d'autres pour lesquelles ce rattachement apparaît plus singulier, étant donné la distension plus grande de ce lien (2°).

1° La signalisation défectueuse de mesures à caractère normatif mettant directement en cause un ouvrage ou un travail public

224. — Bien que les feux de circulation émettent des signaux assimilables à de véritables injonctions de police — en tout cas

53 V. par exemple l'espèce *E.D.F. c. Labarthe-Dessus* précitée dans laquelle le danger n'était pas vraiment public puisque la ligne à haute tension surplombait un champ. V. aussi: C.E. sect. 2 juillet 1976, *Cie d'assurances « La Nationale »*, Rec., p. 347: « Considérant (...) que si l'article 97 du Code de l'Administration communale impose, notamment, au maire de prévenir les accidents par des précautions convenables, cette disposition législative ne trouve son application, en ce qui concerne les dangers présentés par les rives des cours d'eau, que dans les lieux qui comportent des baignades aménagées ou dans ceux où les bains sont habituellement pratiqués ». Mais en l'espèce, à défaut de tout ouvrage public, la responsabilité du propriétaire du cours d'eau (l'Etat) ne pouvait être recherchée.

54 C'est le cas de toutes les défectuosités ordinaires d'entretien ou de signalisation que l'on peut rencontrer sur la voie publique, à condition bien

sanctionnables comme telles —, la jurisprudence, lorsque leur déréglément cause un dommage, s'attache exclusivement à la nature juridique du support matériel de la signalisation et non à celle de sa fonction juridique⁵⁵.

Même si l'interdiction de circuler sur une voie faisant l'objet de travaux est édictée par une mesure de police⁵⁶, la signalisation défectueuse de cette interdiction engage la responsabilité de l'administration pour défaut d'entretien normal de l'ouvrage⁵⁷.

Alors enfin que l'institution d'un stationnement en épi sur la voie publique dépend d'une décision de l'autorité de police et que celle-ci devrait en prévenir les dangers, le défaut de signalisation et même d'éclairage public⁵⁸ des voitures se conformant à cette prescription constitue également un « défaut d'entretien normal de l'ouvrage public »⁵⁹.

Le lien avec le travail et l'ouvrage public reste ici relativement étroit; mais, dans d'autres espèces, il apparaît des plus ténus et la qualification du dommage ne se justifie guère par des considérations théoriques.

2° La signalisation défectueuse de mesures à caractère normatif ne mettant que très indirectement en cause un ouvrage ou un travail public

225. — Le célèbre arrêt *Lemaire* du 27 novembre 1931 a, on l'a vu, assimilé à un fait de l'ouvrage public portuaire la faute de

entendu qu'elles constituent un « défaut d'entretien normal » au sens de la jurisprudence.

55 V. par ex.: C.E. 22 avril 1966, *Ville de Marseille*, Rec., p. 278; — 5 octobre 1966, *Del Carlo*, Rec., p. 542; — 22 avril 1966, *Mirabel*, Rec., p. 279, note A. de LAUBADÈRE sous les trois arrêts: A.J.D.A. 1967, p. 115 (l'auteur est favorable à la responsabilité sans faute); — C.E. 4 janvier 1974, *Ville de Tarbes*, Dr. Adm. 1974, n° 244.

56 V. C.E. 21 janvier 1972, *Sté Rapides Côte-d'Azur*, Rec., p. 72.

57 C.E. 11 juin 1969, *Dame veuve Phelipon*, R.D.P. 1970, p. 456; D. 1970, som. 32.

58 V. *contra*, à propos d'un ouvrage public non éclairé, *Ministre de l'Équipement et Ville de Meudon*, C.E. 2 février 1973, précité, n° 223.

59 C.E. 12 juin 1968, *Ville de Louviers*, R.D.P. 1969, p. 538; A.J.D.A. 1968, p. 600; V. aussi C.E. 23 juillet 1930, *Sté Bernard*, Rec., p. 778 (autorisation donnée à un conducteur de camion de circuler sur un pont); — 14 juin 1968, *Sté Borzo-Bel*, Rec., p. 375 (conducteur de camion contraint sur ordre du service des Ponts et Chaussées de détourner son itinéraire et de passer sur un chemin départemental où le camion subit un dommage du fait du mauvais état du chemin: responsabilité pour dommage de travaux publics, alors que le Conseil d'Etat impute le dommage non au défaut d'entretien du chemin, mais à l'ordre reçu, car c'est l'Etat et non le département qui supporte la responsabilité; peut-être ne s'agissait-il pas d'un acte de police, mais il est curieux de constater qu'un fait dû à un acte normatif du service public des Ponts et Chaussées soit traité comme un dommage de travaux publics).

l'autorité responsable de la circulation dans le port qui avait ordonné une manœuvre dangereuse⁶⁰.

Par un arrêt d'assemblée du 7 janvier 1966, *Ville de Clermont-Ferrand*⁶¹, le Conseil d'Etat a jugé que l'accident dû à l'absence de panneau de signalisation de sens interdit à l'une des entrées d'une rue (dans laquelle aucun travail public n'était effectué) constituait un dommage de travaux publics⁶².

Cette décision est surprenante car si l'édiction d'un sens interdit constitue une mesure de police, pourquoi ne pas admettre que les conditions dans lesquelles elle est portée à la connaissance des usagers relèvent également de la notion de police? Sans doute objectera-t-on que l'installation d'un panneau est un travail public. Mais cet argument apparaît quelque peu forcé puisque l'inexécution d'un travail public n'engage la responsabilité de l'administration que si elle révèle, soit une absence ou une mauvaise signalisation d'un danger tenant à l'état de l'ouvrage public (ce n'est pas le cas ici), soit un mauvais aménagement ou entretien d'un ouvrage public (et, en l'espèce, si les mots ont un sens précis, un panneau de signalisation d'un sens interdit n'est pas un aménagement comme le serait un trottoir, une balustrade ou un revêtement...) soit, à défaut, une faute lourde dans l'exercice de la police (ce qui semble bien ici le cas).

L'explication se trouve, pensons-nous, dans la volonté du juge administratif de conférer à l'usager de la voie publique un statut relativement homogène et favorable, dont les règles sont d'abord celles des travaux publics.

Cette volonté transparait également dans les considérants d'un arrêt du 25 octobre 1968, *Ministre de l'Equipeement et du Logement c/ Cie d'assurance Seine et Rhône et sieur Sillou*⁶³ : le Conseil d'Etat

⁶⁰ Rec., p. 1049 ; S. 1932, III, p. 41, note BONNARD : ces litiges étaient autrefois traités dans le cadre du droit de la police ou des services d'ordre. V. *supra*, n° 58. V. aussi, comme application de l'arrêt *Lemaire* : C.E. 3 juillet 1935, *Ministre des travaux publics c. Sté L'Union Normande*, Rec., p. 765 ; — 22 mai 1953, *Cie d'assurances La Foncière*, Rec., p. 250.

⁶¹ Rec., p. 19 ; A.J.D.A. 1966, p. 158, chronique PUISOCHET et LECAT.

⁶² V. dans le même sens : C.E. 17 novembre 1969, *Commune de Montferrat*, R.D.P. 1970, p. 458 (mauvais emplacement d'un panneau de priorité) ; et C.E. 25 juillet 1975, *Epoux Dolleaux et Sté d'assurances « Les travailleurs français »*, R.D.P. 1976, p. 393 (défaut de tout panneau indiquant le croisement d'une voie prioritaire) ; cependant, le point de savoir si le maire peut engager la responsabilité de la commune en faisant installer des « panneaux de signalisation conseillant un itinéraire de déviation » et en s'abstenant d'interdire totalement la circulation automobile dans certaines rues d'une ville ou-delà du temps nécessaire à un défilé folklorique a été envisagé par rapport à ses obligations de police : C.E. 6 octobre 1965, *Ville d'Armentières c. demoiselle Ingrand*, Rec., p. 726.

⁶³ R.D.P. 1969, p. 539. Cependant, les dommages causés à des convois exceptionnels par l'affaissement des voies sur lesquelles ils ont été autorisés à circuler sont appréciés, d'une part, dans le cadre de la théorie du défaut d'entretien et, d'autre part, en raison de l'autorisation du préfet, dans le

avait à statuer sur le préjudice subi par un transporteur dont le camion, à la suite de la mise en place de barrières de dégel, avait été retenu plusieurs semaines dans le périmètre protégé : « Considérant que le préjudice subi (...) dont la réparation ne peut être poursuivie contre l'Etat que selon les règles établies en faveur des usagers de la voie publique, ne peut être regardé comme imputable à une exécution imparfaite des mesures relatives aux barrières de dégel, assimilables en l'espèce à un défaut d'entretien normal de la voie publique (...) ».

Tels sont donc les principes qui gouvernent la distinction entre les notions de travail et de police. Mais cette distinction ne permet d'approcher cette dernière que de façon très exotérique et partielle : nous ne parvenons toujours pas à en saisir le substratum irréductible, ni la clé générale de sa compréhension. Peut-être y réussirons-nous davantage en la confrontant maintenant avec l'activité matérielle de service public.

cadre de la police. V. C.E. 22 novembre 1972, *Cie d'assurance Le Soleil*, Rec., p. 752 ; — 9 juillet 1975, *Société des transports Hillairin*, Rec., p. 420. V. aussi C.E. 4 mai 1962, *Ministre des travaux publics c. Société des transports Fruchaud*, Rec., p. 1103.

CHAPITRE II

POLICE ADMINISTRATIVE ET SERVICE PUBLIC

226. — L'étude de la notion de police au sein de la théorie des fonctions de l'Etat nous a donné l'occasion tenter une première clarification des rapports entre notre notion et celle de service public¹. Nous voulons ici nous situer sur le seul plan plus particulier des activités administratives. Nous ne retiendrons donc ici, pour poursuivre ce débat, qu'un seul des trois sens de la notion de service public : le sens technique, matériel ou pratique selon lequel elle se dédouble en deux branches, l'une organique, l'autre fonctionnelle désignant une activité administrative généralement matérielle, quelquefois même immatérielle.

Or, même si l'on entend la notion de service public sous cette acception relativement étroite, elle reste intimement et confusément imbriquée dans celle de police². Dans ces conditions, il apparaît, au moins pour l'instant, absolument vain de chercher à découvrir directement un critère de distinction.

Il semble beaucoup plus judicieux, pour achever d'acquérir une connaissance phénoménologique globale de la notion de police, d'identifier les activités ordinairement qualifiées de services publics ou, au contraire, de polices, et de nous interroger sur les raisons pour lesquelles elles le sont.

¹ V. *supra*, Titre I, Chapitre I, n° 41 et s., et en particulier n° 55 et 56 et n° 61 et s.

² Voir par exemple cette réflexion de M. WALINE qui évoque « le fonctionnement du service public de la salubrité, rentrant dans la police municipale » (note sous l'arrêt *Préfet de police c. Kerguelen* précité, R.D.P. 1970, p. 1230). Si, pour cet auteur, ce service public rentre dans la police, pour d'autres c'est exactement l'inverse (en particulier pour tous ceux se rattachant à l'Ecole du service public). Pour certains autres, M. EON, notamment (*op. cit.*, p. 23), et M. TEITGEN surtout (*op. cit.*, p. 364), le service public est un « procédé de la police » ; pour M. J. du BOIS de GAUDUSSON, la police est un « moyen d'action du service public et non, comme on l'a souvent affirmé, son antithèse » (*op. cit.*, p. 22).

L'observation immédiate révèle que les qualifications ne sont pas stables historiquement. Ici aussi, l'évolution se caractérise, comme nous l'avons déjà constaté à propos des règlements, par un phénomène général et, semble-t-il, inéluctable de transformation des activités de police en activités de service public. Le phénomène comporte deux aspects : les activités matérielles de la police tendent toutes à devenir des activités de service public ; nombre d'activités matérielles privées, jusque là réglementées par la police, deviennent elles-mêmes des activités de service public, régies désormais, en conséquence, par le droit des services publics.

Section I : Transformation des activités matérielles de la police en activités de service public.

Section II : Transformation des activités privées assujetties à la police en activités régies par le droit des services publics.

SECTION I

TRANSFORMATION DES ACTIVITÉS MATÉRIELLES DE LA POLICE EN ACTIVITÉS DE SERVICE PUBLIC

227. — La police comme fonction globale d'ordre local et la police administrative au sens du début du XIX^e siècle comprenaient des activités matérielles que l'on ne songeait nullement à cette époque, et pour cause, à rattacher au service public³. Or, lorsqu'à partir de la fin du siècle dernier et du début de celui-ci, la police a cherché à mieux remplir sa mission en fournissant de nouvelles prestations, celles-ci, bien que matériellement émanées de la notion de police, se sont peu à peu dégagées de son orbite (§ 1). Dans ce mouvement général de substitution d'une notion à l'autre, même les activités matérielles qui appartenaient traditionnellement à la police ont tendu, elles aussi, à s'en échapper (§ 2).

§ 1. TRANSFORMATION DES NOUVELLES PRESTATIONS DE LA POLICE EN ACTIVITÉS DE SERVICE PUBLIC

228. — Tant que la police a été comprise « au sens statique » et tant qu'elle apparaissait, du point de vue de son exercice, comme une fonction, tous les actes accomplis dans l'intention d'assurer cet « état d'ordre et de paix intérieur à la cité » pouvaient être pleinement rattachés à la notion de police. Leur caractère éventuellement matériel n'était en aucun cas un obstacle à cette appartenance puisque la police, encore municipale en tant que notion juridique, n'était nullement assimilée ou réduite à la puissance publique, c'est-à-dire, pour l'essentiel, à la puissance normative de l'Etat. Les seules difficultés pratiques que soulevait l'accomplissement, au titre de la police, de ces activités matérielles portaient principalement sur deux questions relatives à leur régime juridique : d'une part, celle de la compétence juridictionnelle pour en connaître (A) et, d'autre part, celle de leur légalité au regard du principe de liberté lorsqu'elles faisaient concurrence à l'initiative privée (B). C'est notamment la façon dont ces deux difficultés ont été réglées qui est à l'origine de la transformation de la police en service public.

³ En 1903, un auteur a pu écrire : « Au siècle dernier, la police et l'administration étaient confondues, ce qui s'explique à une époque où il n'y avait pas ou presque pas de services publics à gérer (GUILLIQUARD, *Notions juridiques des actes d'exécution, des autorisations et des concessions administratives*, Thèse Caen 1903, p. 23, cité par KLEIN, *op. cit.*, p. 54).

A. L'EXTENSION DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE ADMINISTRATIVE

229. — 1. La distinction des compétences juridictionnelles pour connaître des actes de l'Administration s'opérait très naturellement selon un critère conforme au fondement idéologique de cette dualité juridictionnelle : au juge administratif devait logiquement être réservée la connaissance des actes caractérisés par un pouvoir de commandement, c'est-à-dire des actes d'autorité émanés de l'Administration-puissance publique; le juge judiciaire, normalement compétent pour les actes des personnes privées, se voyait quant à lui attribuer la connaissance des actes de l'Administration qui, semblables à ceux des particuliers en ce qu'ils ne mettaient pas en œuvre cette puissance de commandement, étaient qualifiés d'actes de gestion. Ces derniers étaient fondamentalement antithétiques aux premiers car ils supposaient une richesse à gérer, un intérêt matériel, un patrimoine, ce que ne pouvait entreprendre la puissance publique dépourvue de personnalité juridique.

Tant que la commune, qui était dotée, elle, de la personnalité juridique — nécessairement privée à l'époque — est restée relativement indépendante de l'Administration générale, cette dichotomie entre les actes d'autorité et les actes de gestion n'a pas affecté l'unité de la police comme fonction municipale. Mais, à partir du milieu du siècle passé, le Conseil d'Etat, afin d'élargir sa compétence, a mis en œuvre une véritable stratégie dont la cohérence, sur une longue période, apparaît tout à fait remarquable.

Il s'est d'abord saisi des activités normatives de la police municipale — les plus proches par leur nature des actes d'autorité de la puissance publique — à l'égard desquelles il pouvait donc prétendre à une compétence naturelle. Puis, vers la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle, il a entamé le bloc des actes matériels de la police municipale, en commençant par ceux qui, par leur forme ou leur objet, apparaissaient les plus étroitement reliés à l'idée de puissance publique, les services d'ordre en particulier. La brèche étant ouverte dans ce bloc et l'activité de la police étant imputée à une personnalité juridique publique depuis que sa responsabilité administrative pouvait être mise en cause, il était désormais plus facile de concevoir que la gestion ne fût plus spécifiquement privée et, par conséquent, d'admettre que le juge administratif pût être compétent pour les actes de gestion revêtant un caractère public⁴.

Or, si l'opposition autorité-gestion a comporté un effet délétère pour l'unité de la police, c'est paradoxalement grâce à cette notion de police qu'a pu être substitué, à cette opposition, le diptyque gestion privée-gestion publique, celui-ci ayant accéléré cet éclatement par la réduction de la notion de police à des activités principalement normatives.

4 Sur l'ensemble de la question, V. J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, § 329 à 336.

2. Le paradoxe s'explique si l'on observe que le Conseil d'Etat et la doctrine ont exploité au maximum toute l'ambiguïté dont les concepts de gestion et de police commençaient à se charger. A cette époque, l'un et l'autre évoquaient à la fois certains types de procédés et certains types de buts ou de matières : la gestion désignait évidemment des activités ou des procédés matériels mis en œuvre dans des buts à connotation patrimoniale; la police qualifiait des activités ou des procédés essentiellement normatifs utilisés dans des buts progressivement restreints, pour lors à ceux de la trilogie. Or le juge et la doctrine ont dissocié les deux éléments de buts et de procédés contenus dans chaque concept pour privilégier l'un ou l'autre en fonction des rapports qu'ils voulaient établir entre les deux concepts. De cette façon, ils ont pu, selon les besoins, soutenir deux opinions radicalement différentes quant à la nature de ces rapports. Ainsi, quand à propos de la police du domaine public, il s'est agi, comme on l'a vu, d'exclure du pouvoir normatif de la police les buts économiques, financiers ou patrimoniaux, c'est-à-dire des buts de gestion, on a pu soutenir que la police et la gestion étaient des notions « contraires »⁵ : la police était ici réduite à un ensemble de procédés de caractère normatif; la gestion, quant à elle, était entendue par référence à son seul élément finaliste ou matériel. Mais quand, dans l'affaire *Feutry* par exemple, on s'est mis en devoir de plaider pour l'extension de la compétence du Conseil d'Etat aux activités de gestion, on a fait valoir que « la police et la gestion ne sauraient être ventilées », qu'elles se « pénètrent sans cesse »⁶ car le mot police était pris ici au sens matériel, c'est-à-dire comme un ensemble de buts (en l'espèce la santé publique, la sécurité des biens et des personnes) et le mot gestion comme un procédé (le service d'hospitalisation psychiatrique).

C'est exactement le même rôle qu'a joué le concept de police dans les affaires *Terrier* et surtout *Thérond*, alors qu'étaient en cause des contrats passés par des collectivités locales jusque-là assimilés à des actes de gestion privée : l'idée de police a permis d'accéder à celle de gestion publique puis de service public⁷ : il a

5 G. WATRIN, article précité à la R.D.P. 1936, p. 154 et s. V. *supra* n° 154 et s.

6 Teissier, concl. sur T.C. 29 février 1908, *Feutry*, Rec., p. 208; D. 1908, III, p. 49, concl.; S. 1908, III, p. 97, concl. et note HAURIU; R.D.P. 1908, p. 266, note JEZE; G.A., p. 79.

7 Dans le même sens, M. MORBAU écrit : « Il est remarquable que les grands arrêts qui, au début du siècle, consacrèrent la notion de service public comme critère d'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif aient été rendus en des "matières" touchant à la sécurité ou à la salubrité publique » (*De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, A.J.D.A. 1965, p. 6, note 24). Sur les arrêts *Terrier*, C.E. 6 février 1903, V. Rec., p. 94, concl. Romieu; S. 1903, III, p. 25, concl. et note HAURIU; D. 1904, III, p. 65, concl.; G.A., p. 53, et *Thérond*, C.E. 4 mars 1910, Rec., p. 193, concl. Pichat; S. 1911, III, p. 17, concl. et note HAURIU; D. 1912, III, p. 57, concl.; R.D.P. 1910, p. 249, note JEZE. Le commissaire du gouvernement, dans cette dernière affaire, reconnaissait qu'il s'agissait d'un contrat de louage de service, mais concluait en faveur de la compétence administrative parce que ce contrat se rapportait à la « police administrative ».

suffi, dans un premier temps, de mettre en avant le but policier pour l'insérer dans la gestion, puis, dans un deuxième temps — les deux concepts étant ainsi associés —, d'abandonner toute référence à la police pour n'en laisser subsister dans la gestion que son régime exorbitant. L'idée de police a donc été utilisée tant qu'elle pouvait servir à fonder l'extension de la compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat ; mais, par là, elle était en train de produire la cause de son éclatement, de son dépassement puis de son absorption dans le service public. Celui-ci, né de la police, a en effet commencé à phagocytter les cellules les plus nouvelles de cette dernière, cellules pathogènes en quelque sorte car les moins conformes à l'idée que la pensée juridique libérale se faisait de la notion de police : curieux destin pour une notion que de ne pouvoir survivre qu'en travaillant à sa propre destruction !

La notion de police a rempli une autre fonction avant de s'absorber dans celle de service public.

B. LA LÉGALITÉ DE L'INSTITUTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

230. — 1. Au début du ^{xx}e siècle, l'idée d'une activité de gestion publique n'est plus seulement intellectuellement acceptable : elle est politiquement indispensable pour répondre aux besoins nouveaux de la société. Désormais, l'Administration reste dans son rôle propre lorsqu'elle élargit ses missions jusque dans les secteurs que l'idéologie libérale réservait strictement à l'initiative privée, en fait trop souvent défaillante ou insuffisante en quantité ou en qualité.

Or c'est encore en recourant d'abord à l'idée de police que le Conseil d'Etat a commencé à légitimer l'institution des services publics locaux. Tous les sens de la notion ont été utilisés jusqu'à ce que ses limites conceptuelles soient atteintes.

A la faveur de la notion statique de police, le Conseil d'Etat a pu sans difficulté ratifier en premier lieu la création des services visant un but de salubrité ou d'hygiène publique, comme les services de bains et douches ou les lavoirs municipaux⁸ : ces services constituent en effet le prolongement naturel de cette fonction tendant à « faire jouir les habitants d'une bonne police ». A cette époque, ce n'est pas le service public qui rend compte de la police ; c'est encore

L'idée de police est toujours invoquée de nos jours pour justifier la compétence administrative lorsque celle-ci soulève quelque difficulté ; V. par exemple F. MODERNE, *A propos des taxes dites redevances d'assainissement : le désordre des qualifications en droit fiscal*, Revue de jurisprudence fiscale 1976, p. 157. J.M. GALABERT, concl. sur T.C. 23 février 1981, *Christian Crouzel et Chambre de commerce et d'industrie de Périgueux c. cons. Boisseau et Sté Jean Boisseau*, à propos de l'activité d'un « service léger » de contrôle de la navigation aérienne, A.J.D.A. 1981, p. 603.

⁸ V. par ex. C.E. 26 janvier 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains*, Rec., p. 91.

le contraire : tout comme l'acte normatif de police a pu viser un but de service public⁹, le service public est un procédé de la police au moins municipale ; son organisation et son fonctionnement sont réglés par des actes de police, et non pas encore par des règlements de service public. Avant que l'on ne parle de services publics à « but de police », lesquels témoignent déjà d'un dépassement de celle-ci par ceux-là, ou en tous cas un certain renversement de l'ordre de prévalence, l'idée de police est le critère du service public, la condition de sa légalité¹⁰. Par la suite, et pendant longtemps encore, c'est cette idée qui a fondé la distinction entre les services publics « par nature » et les autres, ceux qui ne rentrent pas « dans le champ d'action normal des collectivités publiques »¹¹.

2. Tant que les seules exigences de l'ordre public libéral ont pu justifier la création des services publics locaux, l'invocation du concept de police suffisait pour limiter la liberté du commerce et de l'industrie ; en même temps, ces services publics demeuraient au sein de la notion de police. Lorsque ces services publics se sont perfectionnés ou ont étendu leur emprise dans la vie locale, le juge a eu recours à un système de validation de plus en plus étranger à l'idée de police. Au lieu d'exiger, comme auparavant, des « nécessités » vitales ou des « circonstances exceptionnelles », le Conseil d'Etat s'est satisfait, pour l'essentiel, de « circonstances particulières de temps et de lieu » manifestant un « besoin local » ; de façon moins restrictive encore, il suffisait bientôt aux communes ou aux départements d'invoquer un « intérêt public local », voire un simple intérêt général¹².

Il est tout à fait remarquable de constater qu'en matière purement normative l'Administration devait — et doit encore —, au delà d'un certain degré d'intervention, se faire spécialement habiliter par le législateur, car le juge estime insuffisante la clause générale de compétence des articles 91 et 97 de la loi municipale. Or, au contraire, en ce qui concerne les prestations, les clauses générales tirées des articles 61 et 46 des chartes municipale et départementale

⁹ V. par ex. les arrêts *Lesbats* (Cass. 25 août 1864) et *Bouchardon* (Cass. 1^{er} juillet 1869 et C.E. 2 août 1870) analysés *supra* n° 156, note 15.

¹⁰ Sur ce point, V. HAURIQU, *Précis de Droit administratif*, 11^e éd., p. 184 et s. ; P.H. TERRON : « Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'autorisait les départements et les communes à créer des services que la loi ne prévoyait pas, que s'ils avaient pour objet une tâche de police », *op. cit.*, p. 144-145.

¹¹ Note P.L. J. au D. 1940, III, p. 1, sous C.E. 12 juillet 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne* (souligné par nous). On doit noter que, dès que ces services dépassaient un certain stade de perfectionnement (buanderies mécaniques) ne permettant plus que les assimiler à la mission minimalitaire de police, leur création était jugée illégale.

¹² Pour un tableau de cette évolution jurisprudentielle, V. les commentaires de MM. LONG, WEIL et BRAIBANT sous l'arrêt C.E. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* (*op. cit.*, p. 104) ; V. aussi D. LOSCHAK, *op. cit.*, qui montre à ce propos « le rôle politique » du juge administratif. V. aussi J.F. AUBY, *Le déclin de la spécificité juridique des services publics industriels et commerciaux locaux*, A.J.D.A. 1981, p. 508.

ont suffi à justifier le développement continu de ces interventions parce que le Conseil d'Etat a bien voulu, dans un contexte politique nouveau, se forger les instruments théoriques et techniques susceptibles de les valider. A partir de cette époque, qui commence dans les années 1930, la notion de service public trouve donc dans celle d'intérêt général un fondement conceptuel et juridique autonome qui lui permet, en droit positif, de se détacher complètement de toute référence policière. En même temps, ces activités matérielles, bien qu'issues de la police, lui sont devenues étrangères : le service public, libéré des limites dans lesquelles le tenait la notion de police, peut désormais poursuivre, selon sa propre logique, son extension indéfinie.

L'idée de police, si elle subsiste, ne joue plus que comme une justification tout à fait subsidiaire ou supplémentaire dans certains cas : on fait encore valoir, par exemple, que la création d'un service public de transport, en ce qu'il intéresse la commodité de la circulation, est « l'accessoire d'un but de police »¹³ ; de même, l'idée de police est encore sous-jacente dans les décisions concernant la légalité des boucheries municipales lorsque l'initiative privée ne s'avère pas défaillante¹⁴. Mais, en réalité, la notion de police est complètement dépassée dès que l'intervention poursuit une finalité autre que strictement libérale. *Qu'il s'agisse de réglementation ou de prestation, la police cesse donc d'être elle-même dès qu'elle cesse de protéger l'ordre libéral pour l'amender.* Tout se passe comme si elle était incapable de survivre à l'ordre qui l'a modelée car, dès qu'elle se met en devoir de parer aux insuffisances structurelles de l'ordre libéral, elle commence à sécréter ses propres antidotes ; *tout se passe comme si cette notion aussi vieille que toutes les sociétés politiques devait figer son évolution à point donné de leur histoire.* Sa décadence est telle que même les prestations que l'Administration offrait habituellement au titre de la police sont peu à peu devenues des prestations de service public.

§ 2. TRANSFORMATION DES PRESTATIONS TRADITIONNELLES DE LA POLICE EN ACTIVITÉS DE SERVICE PUBLIC

Le phénomène est pratiquement général (A) mais sa signification reste équivoque (B).

¹³ CHAVANON, R.D.P. 1937, p. 150 (Revue de jurisprudence).

¹⁴ Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Zénard* (C.E. 24 novembre 1933), le Conseil d'Etat prend soin de relever que le maintien de la boucherie municipale, alors que l'initiative privée n'était plus insuffisante, était un moyen de « régularisation des prix d'une denrée de première nécessité » ; A. MESTRE dans sa note justifie une telle solution en expliquant que ce service public est un « instrument de juste prix » (S. 1934, III, p. 105) ; l'idée de police des prix ou du ravitaillement permet donc de transgresser la limite traditionnelle selon laquelle le service public ne peut normalement faire concurrence à une activité existante. Dans l'affaire *Lavabre* (C.E. 23 juin 1938), le service public de la boucherie a été justifié comme moyen d'obtenir

A. UNE TRANSFORMATION GÉNÉRALE

231. — Au XIX^e siècle, c'était la police municipale qui organisait et faisait fonctionner les monts-de-piété, les écoles de natation, les bureaux de placement¹⁵, les prisons, les « bureaux de nourrices », les corps de sapeurs-pompiers, les établissements de bienfaisance... Malgré quelques rares opinions divergentes, toutes ces activités doivent aujourd'hui être considérées comme des services publics sans qu'il y ait lieu de prouver ou de décrire davantage cette métamorphose. Il convient cependant de montrer que celle-ci s'accompagne généralement d'une inflexion corrélative du régime de ces activités. Mais ce n'est pas toujours le cas : quelquefois, bien que l'activité soit devenue un service public apparemment véritable, la référence à la police est explicitement maintenue en droit positif pour des raisons semblant tenir à la volonté de conserver tout ou partie de leur régime antérieur.

1. Ainsi, par exemple, si les piscines municipales peuvent légitimement être considérées comme les nouvelles « écoles de natation », la responsabilité de la commune n'est plus, en cas d'accident, engagée sur le terrain de la faute lourde de police mais sur celui de la faute simple. C'est qu'en effet le juge estime qu'entre la police municipale et les usagers s'interpose le service municipal de la piscine¹⁶. Cela est vrai même lorsque la faute consiste à ne pas avoir su faire respecter une réglementation, comme celle de l'usage du plongeur, sans doute émanée du maire¹⁷. Ce régime de responsabilité plus rigoureux pour la collectivité publique se justifie par l'existence d'une organisation, d'une prise en charge de cette activité par l'Administration ; et c'est pourquoi, dans le cas des baignades

le respect d'une mesure de police générale (voir S. 1933, III, p. 81, note ALBERT).

¹⁵ V. *supra* n° 48. Pour les bureaux de placement privés, la police se bornait, explique MORGAND, à veiller « à la loyauté de leur gestion » (*op. cit.*, p. 819, § 940).

¹⁶ Concl. Méric sur C.E. 14 juin 1963, *Epoux Hébert*, Rec., p. 365 ; V. aussi note J. MOREAU, A.J.D.A. 1964, p. 63 ; note C. LALUMIÈRE, D. 1964, p. 326. Pour des applications de cette jurisprudence, V. : C.E. 5 octobre 1973, *Ville de Rennes*, Rec., p. 551 ; Rev. Adm. 1973, p. 643, chron. BONAMY et DARCY ; — 6 juin 1975, *Epoux Schreiber*, Dr. Adm. 1975, n° 258, arrêts qui s'interrogent sur le point de savoir si « les circonstances de l'accident ne révèlent pas de faute dans l'organisation du service de surveillance ». Cependant, certains auteurs continuent d'écrire, à propos de l'arrêt *Hébert* notamment : « L'accident survenu dans cette piscine correspond à une défaillance de la police de la sécurité qui incombe au maire » (J. PETOT, *Remarques sur quelques notions fondamentales du droit administratif français*, R.D.P. 1965, p. 360) ; d'autres auteurs continuent d'étudier cette jurisprudence dans le cadre de la police comprise au sens matériel (V. notamment G. LIET-VEAUX et A. HOMONT, *J.-Cl. A.*, Fasc. 126-2, n° 22) ; auteurs pour lesquels, de toute façon, la police municipale est un des « services publics à compétence générale »).

¹⁷ Voir C.E. 9 juillet 1975, *Ville de Cognac*, Rec., p. 567 ; R.D.P. 1976, p. 390 ; note D. WOLF, dans « Administration locale », Université de Paris I, janvier 1976, n° 5, p. 1.

simplement aménagées, la responsabilité continue d'être appréciée dans le cadre du droit de la police¹⁸. On veut bien que cette organisation et cette prise en charge manifestent la présence d'un service public; mais les écoles de natation supposaient bien, elles aussi, cette intervention positive de la municipalité.

2. Si cette intervention positive est le motif de la transformation de l'activité en service public, pourquoi le juge fait-il encore appel à la notion de police pour apprécier la responsabilité d'une commune à propos des conditions dans lesquelles elle, ou son comité des fêtes, a organisé tel spectacle ou telle manifestation¹⁹. Certes, la responsabilité de la police et celle du service public sont quelquefois distinguées en pareille matière²⁰ et spécialement lorsque la fête n'est pas jugée présenter les caractères d'un service public; mais il reste bien difficile de faire le départ entre la faute du service public

18 Voir C.E. 26 février 1969, *Dame veuve Gravier*, et 11 juin 1969, *Commune de Cournon-d'Auvergne*, Rec., p. 760; — 5 mars 1971, *Le Fichant*, Rec., p. 185; A.J.D.A. 1971, p. 680, note MOREAU. Les hésitations actuelles de la jurisprudence quant aux conditions dans lesquelles les skieurs victimes d'accident peuvent mettre en cause la responsabilité administrative s'expliquent aussi, à notre sens, par les transformations des conditions dans lesquelles les communes veillent à la sécurité des pistes: dès lors qu'elles organisent un « service des pistes », voire un « office du Tourisme » chargé de ce service, il devient plus logique que la responsabilité de la commune soit engagée non pas seulement en cas de faute lourde, mais pour faute simple; cette transformation du régime de responsabilité tient donc à la transformation de la nature de l'activité; en ce sens, V. les notes de M. WALINE sous C.E. 22 décembre 1971, *Commune de Mont-de-Lans*, R.D.P. 1972, p. 1252 et de M. LEROY sous T.A. Grenoble 14 octobre 1964, *Franchi et Lafont*, D. 1965, p. 699. V. aussi C.E. 28 avril 1967, *Laffont*, Rec., p. 182; D.S. 1967, p. 434, concl. Galabert; J.C.P. 1967, II, éd. G. 15296, note W. RABINOVITCH; A.J.D.A. 1967, p. 306, chronique LECAT et MASSOT. V. aussi C.E. 25 février 1976, *Commune des Contamines-Montjoie*, Dr. Adm. 1976, n° 3.

19 V. C.E. 28 mai 1971, *Commune de Chateaudren*, Rec., p. 399; — 20 avril 1934, *Dame Lorain*, Rec., p. 464; S. 1935, III, p. 31; D.H. 1934, p. 354: la ville peut être responsable sur le terrain de la faute simple lorsqu'elle ne s'est pas bornée à accorder son patronage à une fête de gymnastique au cours de laquelle s'est produit l'accident, mais a participé de façon active à l'organisation de cette fête, sans qu'un service de secours et de transport des blessés ait été organisé, défaut d'organisation ayant aggravé les conséquences de l'accident. Dans cet arrêt, contrairement au précédent qui portait sur une affaire dans laquelle le comité des fêtes avait organisé une fête nautique, la responsabilité administrative est donc appréciée dans le cadre du droit des services publics et non de la police. — Dans le même sens, V. C.E. 30 octobre 1953, *Bossuyt*, Rec., p. 466; — 13 juillet 1966, *Leygues*, Rec., p. 475; — 7 février 1975, *Bernard*, Rec., p. 686: l'arrêt retient la responsabilité de la commune sur le terrain de la « faute de nature à » et, en dehors de son « chapeau » de présentation dans le Recueil Lebon, il ne fait pas référence à la police. V. aussi C.E. 6 juin 1980, *Mme Penzini*, Dr. Adm. 1980, n° 279, qui retient les deux fondements possibles de responsabilité.

20 C.E. 21 février 1958, *Commune de Domme*, Rec., p. 118; R.D.P. 1958, p. 568; R.P.D.A. 1958, n° 129: la commune ne peut être condamnée à réparer le dommage subi par un spectateur d'un feu d'artifice organisé par la commune qu'à la condition que la victime prouve une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public ou une faute lourde dans l'organisation des mesures de police. V. aussi C.E. 3 novembre 1961, *Commune de Vico*, Rec., p. 612.

et la faute de la police dans la mesure où, très souvent, celle-ci s'analyse essentiellement en une mauvaise organisation du spectacle ou de la manifestation²¹.

3. Les services de lutte contre l'incendie sont devenus, eux aussi, comme le juge le Conseil d'Etat, des services publics²². Cependant, la référence à la police n'a pas complètement disparu. Cela ne tient pas au fait que le système de responsabilité appliqué en ce domaine est en principe celui de la faute lourde — c'est aussi le cas, par exemple, pour les actes médicaux des services hospitaliers dont personne ne prétend qu'ils relèvent de la police — mais à ce que la charge indemnitaire des dommages causés par ces services incombe à la commune du lieu du sinistre, même si ces services sont gérés par une autre ville, le département, un district ou un syndicat intercommunal. C'est en effet en invoquant les termes de l'article 97-6° de la loi municipale que le juge tente de justifier cette imputation²³. Il procède de la même façon à propos des secours apportés aux victimes d'une inondation par les services départementaux ou nationaux²⁴, ou encore aux victimes d'une noyade sur une plage lorsque le « service des bains » n'a pas correctement fonctionné²⁵.

21 Dans le même sens, V. J.P. DUPRAÏ, note sous C.E. 12 avril 1972, *Chatelier* et 2 juin 1972, *Commune de la Hérie*, D.S. 1973, p. 547 (arrêts précisant les conditions auxquelles les fêtes constituent ou non des services publics vis-à-vis des personnes qui y collaborent) et BON, *op. cit.*, p. 455. V. C.E. 6 juin 1951, *Commune de La Ciotat*, Rec., p. 318; — 24 juin 1964, *Commune de Plouisy*, Rec. T. 1964, p. 851: « L'organisation de courses cyclistes en violation d'un arrêté préfectoral interdisant les courses entre coureurs non licenciés, alors qu'en outre, aucune mesure efficace n'avait été prise en vue de prévenir les accidents sur le circuit (défaut de sens unique de circulation), constitue un défaut d'organisation de l'épreuve et engage la responsabilité de la commune »; V. aussi C.E. 25 février 1976, *Morvan*, Rec., p. 116: « Tournoi de volley-ball organisé par la ville de Royan et surveillé par les membres des compagnies républicaines de sécurité mis à la disposition de la ville de Royan pour assurer la surveillance et l'animation de ses plages durant l'été »; spectateur blessé par la chute d'un joueur: « En laissant le jeu se dérouler alors que des spectateurs, en l'absence de toute barrière les maintenant à distance du terrain de volley-ball s'en étaient rapprochés dangereusement, les organisateurs du tournoi ont commis une faute de nature à engager la responsabilité (...) ». L'organisation du tournoi était sans doute un service public, mais ce tournoi était surveillé par des forces de police; en l'absence de barrières (défaut d'organisation), les C.R.S. présents ne pouvaient-ils faire reculer les spectateurs (défaut de surveillance)? Contrairement à l'arrêt *Commune de Domme* précité, cet arrêt ne procède pas à la ventilation des deux systèmes de responsabilité.

22 V. par ex. C.E. 20 juin 1956, *Delle Foncin*, Rec., p. 213; — 8 octobre 1975, *Sté d'assurance moderne des agriculteurs de France*, A.J.D.A. 1976, p. 48.

23 Sur l'ensemble de la question, V. *La responsabilité des communes en cas d'incendie*, Revue des Finances communales, mars 1977, n° 3, p. 22/86.

24 C.E. 23 février 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Sté Entreprise Tomine*, Rec., p. 168.

25 Même lorsque ce « service » est géré par un tiers, une personne privée en particulier (V. C.E. 23 mai 1958, *Amoudruz*, Rec., p. 302; A.J.D.A. 1958, p. 309, chronique FOURNIER et COMBARNOUS). Toute cette matière continue d'une façon générale à être traitée par le Conseil d'Etat dans le cadre du droit de la police municipale (V. BON, *op. cit.*, p. 456).

Cette jurisprudence nous semble éminemment paradoxale si police et service public doivent être distingués : ou bien il s'agit d'une activité de police et on ne perçoit pas l'utilité de sa qualification en service public ; ou bien elle est effectivement devenue un service public mais alors on ne voit pas sur quoi se fonde cette référence à la police. On comprend bien que le changement de dénomination procède ici aussi d'un changement des conditions dans lesquelles cette activité est exercée : l'Administration ne se contente plus comme autrefois — dans les petites communes au moins — de faire sonner le tocsin en cas d'incendie, de requérir certains habitants ou d'en appeler aux bonnes volontés pour assurer, dans l'improvisation, « la distribution des secours nécessaires » : cette activité est désormais accomplie, dans le cadre d'une organisation permanente, par des personnels spécialisés soumis à des règlements qui leur sont propres et disposant de locaux, de matériels et de véhicules spécialement adaptés à leur mission, soit autant d'éléments manifestant l'existence d'un véritable service public ; dans la plupart des hypothèses, ce service public dispense même l'autorité de police de toute intervention effective : en se perfectionnant, l'activité de police a laissé place au service public. On ne comprend donc pas pourquoi le juge persiste à imputer cette activité à la police, municipale en particulier. C'est justement parce que les communes, au moins les plus petites, ne peuvent pas, à raison des moyens matériels qu'elle suppose, assurer une telle mission avec ceux de la police qu'elles s'en sont déchargées, moyennant contribution financière, sur d'autres communes plus importantes, des centres départementaux ou d'autres types de collectivités dotés de la personnalité juridique. La responsabilité de la commune au titre de la police ne nous semble pas justifiée quand la faute provient du service lui-même et quand ce service est géré par une autre collectivité. Le fait que cette mission ait autrefois pleinement relevé de la fonction globale d'ordre local et que de nos jours encore l'article 97-6° mentionne les incendies ne nous paraît pas suffisant ; ou alors, dans toutes les circonstances et quel que soit leur mode de gestion, il faudrait imputer à la police municipale les fautes des services de nettoyage, des services d'éclairage, des services de ramassage des ordures ménagères (article 97-1°), des services de pompes funèbres (article 97-4°), des services des poids et mesures ou de répression des fraudes (article 97-5°), des services psychiatriques (article 97-7°), etc. !

Quelle est donc la signification de cette transformation générale et de ces quelques zones de résistance de la police ?

B. UNE TRANSFORMATION ÉQUIVOQUE

232. — Nous connaissons la cause de cette mutation générale des activités de la police en services publics : elle tient au fait que, de simple concept relativement indéterminé, voire de simple mot,

comme il l'était encore à la fin du XIX^e siècle (il s'agissait seulement des « services » rendus au « public »), le service public est devenu, sous l'influence de l'Ecole de Bordeaux, une notion et une théorie juridique totalisante. Il n'est donc pas étonnant que, dans l'opinion dominante et en droit positif, la police dans son ensemble soit devenue un service public.

Mais, dès lors que tous les services publics ne peuvent être dits de police ou que tous, on vient de le voir, n'ont pas pu évacuer toute référence à la police, les deux notions ne sont pas interchangeables ou identiques. La nôtre conserve sa singularité qu'il nous faut identifier : en particulier pourquoi le service public ne peut-il la réduire totalement ? A quelles limites se heurte-t-il à cet égard ?

1. La supériorité théorique et pratique de la notion de service public provient de ce qu'elle a été spécialement inventée pour résoudre ce que la doctrine contemporaine considérait, à une époque où l'Administration étendait le cercle de ses missions, comme le « problème-clé du droit administratif » — celui du critère de la compétence juridictionnelle et du régime administratifs — et comme le problème fondamental de la théorie du droit — celui de la limitation de l'Etat par le Droit —. Elle a donc été conçue comme une notion ouverte destinée non seulement à englober toutes les activités nouvelles et à venir de l'Administration, mais encore toutes celles qu'elle assurait jusque là. Il était donc logique qu'elle sorte victorieuse de la lutte hégémonique qui l'opposait à la police, notion reçue des siècles passés et ne répondant pas du tout, au contraire, aux préoccupations de cette doctrine libérale puis néolibérale, notion qui s'est fermée par conséquent sur une certaine représentation de l'activité administrative, celle qui s'exerçait à l'époque où le service public est né : la police étant réduite pour l'essentiel à la puissance normative traditionnelle de l'Etat, les seules activités matérielles qui lui sont encore rattachables correspondent pour partie à celles qu'assurait l'Etat libéral à cette époque. Il est donc également logique, au moins dans une certaine mesure, que, bien que toute la police puisse aujourd'hui être considérée comme un service public, tous les services publics ne soient pas de police (en particulier ceux qui sont apparus à partir du moment où l'Etat s'est transformé) et que la police ne puisse être entièrement réduite, malgré cela, à l'idée de service public.

Mais quelle est la part de cette irréductibilité et à quoi la reconnaît-on en droit ?

2. Le critère d'une organisation, d'une structure administrative spécifique pour l'accomplissement de l'activité considérée n'est pas bon : il existe de telles organisations ou de telles structures pour assurer la police proprement dite ; on ne saurait nier que la gendarmerie nationale ou les compagnies républicaines de sécurité, tout en répondant à un tel critère, exercent au moins une partie de la police, même si ce sont en même temps des services publics.

Le critère des procédés mis en œuvre n'a pour lui que les apparences de l'exactitude : n'importe quel service public ne peut fonctionner sans un minimum de prescriptions ; en outre, certaines activités qualifiées de services publics sont assurées par le moyen quasi exclusif de la réglementation ou de la prescription (en matière économique tout particulièrement). A l'inverse, la police offre des prestations : la surveillance des pistes de skis, des plages, voire leur animation²⁶, le secours aux noyés, aux accidentés de la route, le transport à l'hôpital..., activités qui, par ailleurs, tendent toutes à la « satisfaction directe de besoins collectifs »²⁷.

Le critère des buts visés par l'activité n'apparaît pas meilleur si on les considère de façon analytique et matérielle : le but de santé publique par exemple est autant celui de la police que des services publics hospitaliers²⁸. Cependant, si l'on s'attache aux caractères généraux des fins de chaque activité, autrement dit si l'on conçoit le critère finaliste de façon synthétique, celui-ci permet beaucoup mieux de cerner la réalité, à défaut d'en rendre compte totalement ou très précisément : il y a police aujourd'hui tant que l'action administrative, qu'elle se manifeste par une prestation ou par une prescription, ne cherche pas à assumer, elle-même telle fonction sociale qui, dans l'idéologie libérale, relève en propre de la Société et non de l'Etat, c'est-à-dire tant qu'elle reste gardienne d'un certain ordre social qui s'impose à elle. Au contraire, quand l'Administration prend en charge cette fonction et cherche — quel que soit son procédé ou son but particulier — à modifier cet ordre, il semble que l'opinion dominante s'accorde pour reconnaître là l'existence d'un service public non policier.

On retrouve donc cette fixation de la police à sa forme libérale, fixation que nous avons également constatée quand nous avons essayé de distinguer les règlements de police des autres types de réglementation et des diverses interventions de l'Administration sur le domaine public. Mais ce n'est pas là un véritable critère juridique : tout au plus, là aussi, une simple ligne de force de la notion²⁹.

26 V. C.E. 25 février 1976, *Morvan, Rec.*, p. 116 : les C.R.S. peuvent être, selon le Conseil d'Etat, chargés de la « surveillance et de l'animation des plages » et à ce titre organiser un tournoi de volley-ball ; mais, nous l'avons vu, le sens de cet arrêt n'est pas certain, car on peut tout aussi bien considérer que le juge a reconnu dans cette manifestation l'existence d'un service public (V. *supra*, note 21).

27 C'est cependant à ce but ou à cette mission, lorsque celle-ci est accomplie au moyen de prestations, que M. le Doyen VEMER reconnaît l'existence du service public opposé à la police, E.D.C.E., article précité, p. 41, n° 38.

28 M. F.P. BÉNOIT déclare même constater « de nos jours une unification totale des finalités de la police et du service public » (*op. cit.*, § 1393). Pour un examen de l'opinion plus générale de cet auteur, V. *supra* n° 70.

29 Ainsi A. MESTRE écrivait à propos de l'extension des cas dans lesquels le Conseil d'Etat a reconnu la légalité de la création des services publics locaux : « Le Conseil d'Etat a donc ici procédé à une interprétation singulièrement hardie de la notion d'intérêt public. La doctrine classique reposait sur une séparation stricte entre l'ordre économique abandonné en principe à l'initiative privée et l'ordre administratif qui tend à l'intérêt

Avant de chercher si ce principe trop général de distinction peut constituer le point de départ d'une construction juridique d'ensemble de la notion de police, on doit s'efforcer d'établir que son corollaire logique se vérifie lui aussi : s'il est vrai que l'action administrative se transforme en service public lorsqu'en assurant ou en assumant une fonction sociale elle se substitue à l'initiative privée, les activités privées doivent pareillement entrer dans la mouvance du service public dès qu'elles s'insèrent dans un cadre organisé par l'Administration ou dès que, venant à satisfaire des intérêts généraux et non plus privés, elles tendent à accomplir une mission que l'opinion dominante estime incomber normalement à l'Administration.

général par des moyens de police. Le bouleversement qui a suivi la guerre et le déchaînement de la crise (...) ont ouvert des brèches dans la muraille qui séparait les deux domaines. De la sorte, les préoccupations d'ordre financier (...) ont pénétré dans la vie administrative jusque dans les matières de police (...). L'intérêt public (...) comprend donc l'intérêt économique : les citoyens exigeants demandent à l'Administration non seulement de l'ordre et de la sécurité, mais encore des facilités pour leur subsistance » (S. 1934, III, p. 105).

SECTION II

TRANSFORMATION DES ACTIVITÉS PRIVÉES ASSUJETTIES A LA POLICE EN ACTIVITÉS RÉGIES PAR LE DROIT DES SERVICES PUBLICS

233. — Nous avons montré comment les règlements de police, en se perfectionnant, finissent généralement par se changer en réglementations de service public, même d'ailleurs lorsque l'activité faisant l'objet de cette réglementation reste privée. Nous voulons maintenant observer l'évolution non plus du point de vue de l'activité réglementaire mais de l'activité réglementée car, ici, c'est cette dernière qui change elle-même de nature. L'analyse des modalités selon lesquelles s'opère cette transformation (§ 1) atteste cependant que les deux phénomènes s'inscrivent dans un mouvement unique dont nous chercherons la signification (§ 2).

§ 1. MODALITÉS DE LA TRANSFORMATION

234. — Les activités évoquées ici finissent par changer de nature selon des modalités et par des canaux juridiques extrêmement divers. De plus, elles ne deviennent pas directement des activités de service public. Elles s'intègrent peu à peu dans des organisations de service public d'une façon telle que les catégories d'« usagers » et d'« acteurs » tendent à se confondre, au moins dans un premier temps. Il est donc très difficile de classer ces situations juridiques de façon rigoureuse. Néanmoins, on peut faire valoir, au moyen de certains exemples, que cette intégration se traduit d'abord — l'activité restant juridiquement privée — par une incorporation organique (A), puis — devenant un véritable service public — par une association fonctionnelle (B).

A. L'INCORPORATION ORGANIQUE

Bien que leurs activités restent juridiquement privées, les personnes considérées peuvent devenir usagers, voire acteurs indirects d'une mission de service public. Ce genre de situation s'observe sur le domaine public mais également en dehors de toute référence à cette notion.

235. — 1. — Le fonctionnement des abattoirs fournit un exemple assez caractéristique de la nature hybride des relations qu'entretiennent leurs utilisateurs avec l'Administration : ces établissements

sont incontestablement des services publics¹, mais on constate une sorte de télescopage entre cette dernière catégorie d'une part, celle de gestion du domaine public d'autre part, et celle de police enfin. A partir de leur pouvoir de police sur les activités privées s'exerçant dans ces abattoirs², les autorités locales ont considérablement amplifié leur compétence grâce à la notion de gestion du domaine public et, désormais, les utilisateurs sont autant des assujettis à la police que des usagers d'un service public³ soumis à une discipline interne⁴, voire des acteurs indirects de ce service. En effet, dans le célèbre arrêt *sieur Biberon* du 2 novembre 1956, le Conseil d'Etat justifie la rupture de l'égalité de traitement au profit d'une entreprise privée (dont l'objet était « d'habiller les cuirs ») par cela qu'elle constituait « un complément utile au service des abattoirs »⁵. En réalité, si l'Administration gère et fait fonctionner les bâtiments de l'abattoir, son rôle se limite à cela : le service public résulte, au sein de cette organisation, de la conjonction d'un certain nombre d'activités privées sans lesquelles il n'y aurait plus aucun service public parce que les prestations utiles sont offertes non pas par l'Administration mais par des industriels et des commerçants purement privés.

— A un degré moindre, c'est la même situation qui crée le service public dans l'arrêt C.E. 19 octobre 1956, *Sté « Le Béton »*⁶ : certes, l'Office national de la navigation offre des prestations sur certaines dépendances du « port industriel », mais c'est l'ensemble des dépendances de ce port, y compris celles affectées et louées à des industriels privés qui manifeste l'existence d'un service public ; celui-ci est donc constitué par un ensemble d'activités, les unes

1 C.E. 10 mars 1976, *Ville de Toulon*, Rec., p. 143 ; — 16 février 1973, *La cheville langonnaise*, Rec., p. 144.

2 Le maire peut, par voie d'arrêté de police, réglementer les activités des professionnels : C.E. 1^{er} juin 1900, *Serpillon*, Rec., p. 376 ; — 5 décembre 1913, *Triste*, Rec., p. 1198 ; — 27 mars 1936, *Association culturelle israélite de Valenciennes*, Rec., p. 483.

3 Leurs dommages sont réparés dans le cadre du droit des services publics : cf. C.E. 29 octobre 1975, *Ville de Saint-Pierre (Saint-Pierre-et-Miquelon)*, Rec. T., p. 907 ; R.D.P. 1976, p. 391.

4 Voir C.E. 5 juillet 1967, *Faillite Paret et sieur Madonna*, Gaz. Pal. 1968, 2, 47 : « S'il appartenait au directeur des abattoirs d'une ville en vertu d'un arrêté municipal de s'opposer à l'entrée dans son établissement d'un usager en état d'ivresse, le maire seul peut légalement prendre, à l'encontre du même individu, en vertu de l'article 97 du Code de l'Administration communale, une mesure lui interdisant l'accès des abattoirs pour une durée de deux mois » ; V. aussi C.E. 2 juillet 1897, *Grosson*, Rec., p. 513 ; — 15 janvier 1932, *Mathieu*, Rec., p. 44 ; T.A. Clermont-Ferrand 11 avril 1958, *Chabaud*, A.J.D.A. 1958, p. 259, décision dont les considérants sont cités dans le chapitre « Police administrative et sanction administrative », n° 179, note 1.

5 Rec., p. 403, concl. Mosset.

6 Concl. Long au D. 1956, p. 681, à la R.D.P. 1957, p. 310, à l'A.J.D.A. 1956, II, p. 472 ; V. aussi *eod. loc.*, p. 488, chron. FOURNIER et BRAIBANT ; J.C.P. 1957, II, 9765, note BLAEVOET ; Rev. Adm. 1956, p. 617, note LIET-VEAUX ; — 1957, p. 131, note MORICE ; G.A., p. 447.

publiques, les autres privées mais coordonnées en une structure sur laquelle veille l'Administration.

— L'organisation administrative est encore plus réduite dans le cas des halles et marchés : l'Administration se borne à aménager certaines dépendances du domaine public pour les affecter à des personnes exerçant leur industrie privée. Or, en cette matière, la jurisprudence évoque cependant expressément la notion de service public⁷ et, depuis longtemps, certains arrêts attestent une similitude de situation entre les commerçants des halles et marchés et les utilisateurs des abattoirs. Par exemple, un arrêt *Hamel* du 22 février 1961 a, en ces termes, jugé légale la « sanction » de l'exclusion d'un approvisionneur en fruits et légumes du carreau forain des Halles de Paris prononcée en tant que telle sans base légale particulière par l'autorité jouissant d'un simple pouvoir de réglementation sur ce marché : « considérant que, eu égard à la nature de l'activité des approvisionneurs en fruits et légumes des Halles de Paris et aux nécessités du bon fonctionnement du marché desdites Halles, l'absence de solvabilité d'un négociant est un élément dont il peut légalement être tenu compte dans l'exercice du pouvoir disciplinaire... »⁸. Dans cet arrêt, il n'est fait nulle référence aux pouvoirs de gestion domaniale ; au contraire, ce pouvoir disciplinaire, qui serait exorbitant s'il ne s'agissait que de simple police, semble entièrement justifié, en arrière-plan, par l'idée de service public.

— Il en va de même à propos des taxis. On a certes essayé de rattacher à la théorie de la gestion domaniale les pouvoirs très importants qui sont reconnus aux autorités de police ; mais c'est encore, là aussi, l'idée que ces professionnels, bien qu'accomplissant une fonction purement privée, participent indirectement à un service public qui explique que, à leur égard, l'autorité de police se conduit presque en chef de service : comment expliquer autrement ce « pouvoir disciplinaire ou quasi disciplinaire » qu'elle s'est arrogé sur cette activité, ainsi que le constatait M. Waline dès 1937⁹ ? On ne voit pas non plus comment justifier autrement que

7 V., à propos des marchés d'intérêt national, l'avis du Conseil d'Etat du 5 juin 1962 cité par M. WALINE dans sa note sous C.E. 14 décembre 1964, *Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins de Bordeaux*, R.D.P. 1965, p. 273. V. aussi, à propos d'un marché municipal, C.E. 22 juillet 1977, *Desdier*, Dr. Adm. 1977, n° 343, et C.E. Sect. 22 avril 1977, *Michaut*, R.D.P. 1978, p. 274.

8 Rec., p. 137, décision à rapprocher des arrêts C.E. 13 juillet 1963, *Ville d'Aix* (A.J.D.A. 1963, p. 707, obs. J. MOREAU ; R.D.P. 1963, p. 1216, chron. J.M. AUBY et C.E. 27 mars 1931 (Rec., p. 386) cités au chapitre précédent « Police administrative et sanction administrative », Introduction, note 15.

9 Note sous C.E. 15 mai 1936, *Belot*, D. 1937, III, p. 1 : suspension pour huit jours de l'autorisation de conduire une voiture de place dont le titulaire avait provoqué des incidents sur la voie publique lors de l'arrestation d'un individu pris de boisson. Le retrait temporaire n'était donc pas motivé par des raisons tenant aux conditions dans lesquelles le requérant utilisait son permis de stationnement, mais à celles dans lesquelles il se conduisait en tant que professionnel. Si les autorités de police avaient voulu considérer le chauffeur de taxi comme un citoyen ordinaire, elles auraient pu le poursuivre sur la base de l'article 471 du code pénal.

l'autorité locale de police puisse légalement — quelquefois sans base légale expresse — subordonner l'accès à la profession à une autorisation préalable, à des conditions spécifiques de santé ou d'aptitude physique, de moralité, de tenue et de « bonne présentation » du chauffeur¹⁰, exiger que celui-ci soit propriétaire de son véhicule¹¹, réglementer l'usage de la gaine noire¹², limiter l'utilisation du poste de radio à l'arrêt, autant de mesures prises sur la base de pouvoirs propres qui ne seraient sans doute pas toujours légales si elles visaient d'autres chauffeurs que ceux des taxis. C'est également l'idée de service public qui, à l'inverse, leur permet de bénéficier de certains privilèges, l'utilisation des couloirs de circulation notamment¹³.

L'incorporation organique se vérifie aussi pour d'autres activités privées et en dehors de toute utilisation du domaine public.

236. — 2. — S'il existe un « service des pistes », le skieur, par la force des choses, devient une sorte d'usager par le seul fait de la pratique de son sport. Il en va de même pour l'habitant ou le promeneur d'un parc naturel : la construction d'un tel service public doit avoir pour effet de changer la nature des règles qui le gouvernent¹⁴. Certes, toutes ces personnes restent assez peu intégrées dans une organisation de service public. Par contre, les membres

10 C.E. 21 octobre 1955, *Epoux Daquembron*, Rec., p. 420 ; — 23 novembre 1955, *Dame Dupont*, Rec., p. 555 ; — 11 janvier 1957, *Delprat*, A.J.D.A. 1957, II, p. 142 ; — 13 juillet 1962, *Syndicat des taxis gapençais*, Rec., p. 477. C.E. 1^{er} mars 1978, *Ville de Mulhouse c. Syndicat des taxis artisanaux de Mulhouse*, Rec., p. 110. V. aussi, à propos des pouvoirs de l'autorité décrétole, C.E. 27 novembre 1964, *Chambre syndicale des cochers et chauffeurs de voitures de place*, Rec., p. 592 (certificat d'aptitude et accès des étrangers à la profession). V. aussi C.E. 4 février 1983, *Ville de Charleville-Mézières c. Mme Calo*, Rec., p. 45 ; Quot. jur. 7 juin 1983, p. 10, note C.B.

11 C.E. 17 mai 1957, *Boyer*, Rec., p. 320.

12 C.E. 27 novembre 1964 précité.

13 C.E. 15 mars 1968, *Syndicat national des automobilistes*, Rec., p. 188 : dans cet arrêt, l'idée de mission de service public est expressément avancée par le Conseil d'Etat qui ne traite pas différemment les taxis des véhicules de police, de pompiers, d'ambulance ou de transport en commun. V. aussi T.A. Paris 23 mars 1966 (même requérant), A.J.D.A. 1966, p. 439, note A. de L. Les autorités de police se sentent investies d'une telle mission à l'égard de cette activité qu'elles se prennent à réglementer ou à interdire l'emploi de salariés par les propriétaires de taxis, voire à fixer l'âge de leur retraite ! Ces initiatives sont sanctionnées par le juge : V. respectivement C.E. 23 novembre 1955, *Dupont*, précité et T.A. Pau 6 mai 1974, *Castel*, Rec., p. 699 ; C.E. 16 juin 1978, *Ville de Clermont-Ferrand c. Tchernouchenko*, Rec., p. 260 ; (cependant est légale l'institution d'un examen médical tous les deux ans après l'âge de 65 ans : V. C.E. 1^{er} mars 1978, précité note 10) ; mais il est révélateur que l'autorité administrative n'hésite pas à les entreprendre. Sur l'ensemble de la question et dans le même sens, V. RUZIE, D. 1960, chr. p. 27, *Les taxis* ; J. LAULHIÉ, *Les voitures de place dénommées taxis*, A.J.D.A. 1960, p. 163. V. aussi concl. Galabert sur l'arrêt *Froment*, R.D.P. 1967, p. 997, concl. Fournier sur l'arrêt *Préfet de police*, R.D.P. 1968, p. 919 et s.

14 V. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 170. V. aussi 29 janvier 1982, *Association « Les Amis de la Terre »*, Dr. Adm. 1982, n° 117, à propos d'un directeur de parc national.

des ordres professionnels — qu'A. de Laubadère qualifie de « services publics de discipline professionnelle »¹⁵ — le sont bien davantage ; à l'égard de ces organismes, ils ne sont à proprement parler ni usagers ni acteurs ; mais, en exerçant la profession que l'ordre a pour mission d'organiser ou de discipliner, ils se trouvent vis-à-vis du service public dans une relation juridique qui n'est pas réductible à celle de tiers.

— Le droit positif enseigne que les organismes professionnels interventionnistes exercent des activités de service public en accomplissant notamment des opérations commerciales d'achat, de vente ou de stockage. Par conséquent, les industriels et commerçants qui contractent avec ces organismes utilisent certes leurs services mais en même temps concourent à la réalisation d'une mission de service public : pour les courtiers en céréales par exemple, le Tribunal des conflits semble y voir des usagers d'un service public, tandis que MM. Gentot et Fourré en font les agents indirects de ce service¹⁶.

Dans d'autres cas, on peut parler d'une véritable association fonctionnelle.

B. L'ASSOCIATION FONCTIONNELLE

L'association fonctionnelle n'exclut pas du tout l'incorporation organique : au contraire, elle la dépasse puisque l'intégration au service public suppose ici un accomplissement par la personne privée de la mission même de service public. Cette transformation de certaines activités privées en services publics a soulevé, en droit positif et pour quelques-unes d'entre elles, des difficultés considérables. Avant d'évoquer ces dernières très rapidement, il convient de fournir quelques exemples pour montrer le sens de cette évolution et l'origine de ces difficultés.

237. — 1. La distribution de gaz et d'électricité a subi tous les stades de cette association fonctionnelle¹⁷. Initialement, elle était entièrement privée et soumise à ce titre à de simples permissions de voirie dont la nature policière ne faisait l'objet, on l'a vu, d'aucune hésitation au XIX^e siècle. Mais, dès le début de ce siècle, elles sont devenues, avec les « autorisations conditionnées »¹⁸, un des modes de gestion du service public. La loi du 15 juin 1906 a accéléré le processus que nous décrivons en prévoyant deux systèmes auxquels les industriels pouvaient au choix se soumettre : celui de

¹⁵ *Traité élémentaire de droit administratif*, T. II, p. 636.

¹⁶ T.C. 14 novembre 1960, *Sté Vandroy-Jaspar*, Rec., p. 866 ; A.J.D.A. 1961, p. 89, note A. de L. ; V. aussi la chronique de MM. GENTOT et FOURRÉ à l'A.J.D.A. 1963, p. 88. Pour d'autres exemples de ces situations hybrides, V. J. du Bois du GARDUSSEAU, *op. cit.*, p. 20 et J.L. MARTRES, *op. cit.*, T. IV.

¹⁷ Sur cette évolution, V. P. TESTE, *Les services publics de la distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Préf. A. MESTRE, Dalloz 1940.

¹⁸ V. A. de LAUBADÈRE, *L'autorisation conditionnée*, dans *Mél. Sayagues Laso*, p. 1245.

la permission, d'une part, et celui de la concession, d'autre part. Ce dernier consacrait explicitement, plus encore que le premier, le changement de nature de l'activité : celle-ci devrait indubitablement un service public car des activités privées ne peuvent se concéder. Mais, sous l'empire de cette loi, les industriels optèrent plus volontiers pour la permission car celle-ci impliquait un contrôle de leur gestion beaucoup plus restreint. La loi du 27 février 1925 a supprimé cette option, si bien qu'à partir de cette date toute l'activité de distribution de gaz et d'électricité s'était transformée en service public. Enfin, la loi du 8 avril 1946 a parachevé l'évolution en nationalisant les concessionnaires et en constituant un établissement public. C'est le même sort qu'ont subi les transports ferroviaires. Aujourd'hui, le secteur de l'hospitalisation privée semble s'orienter dans la même direction¹⁹. A un degré inférieur, l'enseignement privé se voit également de plus en plus associé au service public de l'éducation nationale²⁰.

Dans tous ces exemples, ce sont des textes exprès qui ont emporté la transformation ; et, en droit positif, celle-ci n'a pas soulevé de difficulté fondamentale autres que celles déjà évoquées lors de l'étude des rapports entre police administrative et gestion du domaine public. Il en est allé différemment à propos de certaines autres activités que le législateur n'a pas lui-même transformées en service public. Celles-là l'ont été par la propre initiative de l'Administration et du juge dans des conditions qui montrent le rôle joué par la notion de police dans cette transformation et en même temps les limites de cette notion.

238. — 2. La théorie du service public virtuel en offre une illustration assez claire. En application de cette théorie, il a été jugé, dans un certain nombre de décisions déjà rencontrées pour certaines d'entre elles, que l'autorité de police, en dehors de tout texte spécial, pouvait imposer des obligations de service public à une entreprise entièrement privée²¹. Nous savons qu'une telle

¹⁹ V. L. 31 décembre 1970, D. du 2 mai 1974 et du 21 mai 1976 et les chroniques de M. A. de LAUBADÈRE à l'A.J.D.A. 1971, p. 90, 1974, p. 375, 1976, p. 368.

²⁰ V. C.E. 7 janvier 1977, *Gomes de Bastos*, arrêt selon lequel « on doit considérer les maîtres contractuels des établissements d'enseignement privé sous contrat comme des agents publics » (R. DRAGO, *Revue de jurisprudence administrative*, R.D.P. 1977, p. 699). V. aussi le décret d'application à l'enseignement privé sous contrat de la réforme de l'enseignement secondaire (J.O. 21 mai 1977).

²¹ V. notamment C.E. 4 mai 1929, *Lefebvre du Grœnchez*, Rec., p. 470 ; — 13 janvier 1933, *Mironneau*, S. 1933, III, p. 41, note Laroque ; — 11 juillet 1934, *Beaumont*, S. 1935, III, p. 33, concl. Andrieux, note MESTRE, lequel protestait contre cette évolution : « Nous ne saurions admettre l'expression de service public appliqué aux entreprises libres de transports en commun (...) ; ce serait à notre sens une grave erreur que de confondre service public et service offert au public. Personne n'accepterait d'ailleurs de soumettre, en l'état actuel du droit, les entreprises de transports libres aux règles de compétence ou autres qui ont été dégagées par la jurisprudence administrative en matière de service public. Je considère donc

formule n'est pas, certes, entièrement nouvelle puisque déjà, au XIX^e siècle, des arrêts ont consacré la possibilité pour l'autorité de police de viser un but de service public. Mais la jurisprudence que nous évoquons ici est différente à de nombreux égards. Tout d'abord, elle ne se limite pas strictement à des cas d'utilisation du domaine public puisqu'elle a été appliquée en matière d'émission radiophonique²². En second lieu, elle n'implique plus seulement comme autrefois que la police puisse viser un but de service public : elle suppose que la règle de police s'est transformée en réglementation de service public en même temps que l'activité privée est devenue une activité de service public ; celle-ci n'est plus exercée dans l'intérêt individuel de l'entrepreneur ; elle est objectivement devenue une activité d'intérêt général²³, évolution de fait qui, selon cette théorie, autorise l'Administration à s'assimiler en droit cette mission, à la faire sienner par la voie d'un simple règlement ou d'un acte individuel de police, laquelle se meurt encore une fois pour revivre en service public. Mais l'acte change lui-même de nature sans intervention du législateur ; la mutation que subit la norme n'est pas déduite, comme cela devrait, de l'évolution de son régime légal : sa légalité est au contraire déduite d'une simple évolution de fait : avec la caution du juge, le fait gouverne donc le droit.

239. — Le phénomène a été exactement identique dans la jurisprudence du début du siècle relative aux concessions de chemins de fer et de tramways²⁴. Il a simplement été masqué par l'objet particulier des difficultés contentieuses et des discussions doctrinales. Celles-ci, en effet, ont porté quasi exclusivement sur le point de savoir s'il fallait un texte pour modifier le contrat de concession en cours d'exécution ou au contraire si l'Administration pouvait à cette fin s'appuyer sur le seul « pouvoir qu'elle tenait du contrat »²⁵.

que l'emploi (...) de l'appellation de service public est, par les confusions qu'elle peut provoquer, de nature à créer une équivoque des plus fâcheuses ». C.E. 5 mai 1944, *Cie maritime de l'Afrique orientale*, Rec., p. 129 ; concl. Chenot au S. 1945, III, p. 15, au D. 1944, p. 164 ; à la R.D.P. 1944, p. 236, note JEZE, *ead. loc.* ; G.A. p. 270 ; — 6 février 1948, *Cie carcassonnaise de transports en commun*, R.D.P. 1948, p. 252, concl. Chenot, note JEZE. — Sur l'ensemble de la question, V. notamment J.L. de CORAIL, *op. cit.*, p. 210 et s.

22 Voir C.E. 6 février 1948, *Sté Radio Atlantique et Sté Radio club landais*, R.D.P. 1948, p. 244, concl. Chenot, note JEZE ; le commissaire du gouvernement avait bien songé à invoquer la notion de domanialité publique à propos des longueurs d'ondes, mais l'arrêt ne retient nullement cette théorie ; il évoque expressément que la notion de service public.

23 Sur la notion de service public objectif, V. de CORAIL, *op. cit.*, p. 211.

24 Témoin, cette évolution dans la pensée de Léon DUGUIT : « L'exploitation des chemins de fer n'est pas un service public » écrit-il en 1907 (*Manuel de droit constitutionnel*, p. 540) ; quelques années plus tard, il soutient le contraire : « L'entreprise de transport en chemins de fer doit être organisée en service public » (*Traité de droit constitutionnel*, 5^e éd., p. 225, cité par E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 165).

25 BLUM, concl. sur C.E. 21 mars 1910, *Cie générale française des tramways*, Rec., p. 216 ; D. 1912, III, p. 49 ; S. 1911, III, p. 1, note HAURIU ; R.D.P. 1910, p. 270, note JEZE.

Or, à notre avis, on n'a pas suffisamment montré que cette question supposait préalablement résolue celle de la distinction entre police et service public.

Tout au contraire, le débat est né en pleine confusion — laquelle n'était pas tout à fait innocente — à propos des arrêts *Cie des chemins de fer économiques du Nord* du 23 janvier 1903²⁶, *Cie des chemins de fer de Bône-Guelma* du 4 août 1905²⁷ et *Cie du Nord, d'Orléans et autres* du 6 décembre 1907²⁸, arrêts au sujet desquels le commissaire du gouvernement Tessier et M. Hauriou ont développé la notion de « police de la gestion des services publics ». Le débat s'est poursuivi en pleine ambiguïté avec l'arrêt *Cie générale française des tramways* du 21 mars 1910 et les conclusions de Léon Blum²⁹. Aujourd'hui il demeure embrouillé — mais la situation n'est plus volontaire — par le fait que les textes relatifs à ces activités sont toujours désignés sous le nom de « police des chemins de fer »³⁰ et que le sens des mots a bien changé sans que l'on s'en avise vraiment.

Il ne nous appartient pas de trancher le problème particulier dont dispute la doctrine³¹. Nous pouvons néanmoins l'éclairer en l'insérant dans le cadre de l'évolution générale que nous rapportons. Si l'on observe l'ensemble de celle-ci, il est patent que la préoccupation fondamentale du Conseil d'Etat et de ses commissaires du gouvernement a été, parce que cela leur apparaissait opportun, de fonder un pouvoir administratif d'organisation des services publics, quels que fussent les obstacles d'ordre juridique auxquels on devait se heurter : absence d'un pouvoir réglementaire autonome sur ce point³² ; existence d'un contrat liant l'Administration à un tiers

26 Rec., p. 62, concl. Teissier, S. 1904, III, p. 49, note HAURIU.

27 Rec., p. 770. Témoin également cette réflexion de DUGUIT selon laquelle des personnes privées peuvent exercer une fonction de police dans le cadre d'une concession : *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, R.D.P. 1907, p. 411.

28 Rec., p. 914, concl. Tardieu ; S. 1908, III, p. 1, concl. et note HAURIU.

29 précité.

30 Lois mod. du 15 juillet 1845 et du 11 juin 1880.

31 PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, thèse Montpellier, 1945 ; J. L'HUILLIER, *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ?*, D. 1953, Chron. p. 87 ; A. de LAUBADERE, *Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, R.D.P. 1954, p. 36 s. ; J. DUFAY, *Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration et les contrats de concessions de service public*, A.J.D.A. 1955, p. 65 s. ; F.P. BENOIT, *De l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, J.C.P. 1963, I, 1775. HASINIDAS, *La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs*, Thèse Paris 1966 (dactyl.) et A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Tome I, 2^e éd., L.G.D.J. 1983, p. 709 et s. et T. II à paraître.

32 Cet obstacle avait commencé à être surmonté par la jurisprudence *Chambre syndicale des constructeurs de matériel de chemin de fer et tramways* (C.E. 19 février 1904, Rec., p. 191) et *Babin* (C.E. 11 mai 1906, Rec., p. 365).

lorsque le service, comme c'était le cas en l'espèce, a fait l'objet d'une concession³³.

Or, pour parvenir à leurs fins, le Conseil d'Etat et ses commissaires du gouvernement ont utilisé toutes les ressources du droit positif et des notions juridiques en vigueur.

A cette époque, il ne pouvait être encore question de poser en droit le principe d'un pouvoir de modification unilatérale non fondé sur une clause contractuelle ou sur un texte extérieur au contrat. La gestion, en effet, ne s'était pas encore totalement dépouillée de sa connotation exclusivement privée³⁴; et, pour fonder un pouvoir de modification unilatérale du contrat — ce qui aurait été exorbitant dans le cadre de la gestion privée —, il fallait montrer que l'Administration, en contractant, n'avait pas renoncé à ses droits de puissance publique. Or, alors que cette jurisprudence a été le point de départ d'une dissociation entre les notions de police et de service public puis, par suite, entre les deux théories du fait du prince et de la mutabilité des contrats, c'est, là encore et paradoxalement, en travaillant à confondre les deux notions de police et de service public que le Conseil d'Etat a pu en quelque sorte injecter de la puissance publique dans l'idée de gestion. Il lui fallait donc faire l'amalgame entre les deux notions de police et service public qui commençaient cependant à se distinguer³⁵. Alors

³³ Cet obstacle avait également commencé à être surmonté notamment par la jurisprudence *Gaz de Deville-lès-Rouen*, C.E. 10 janvier 1902, Rec., p. 5; S. 1902, III, p. 17, concl. Romieu, note HAURIU; G.A. p. 38. A propos de l'incidence sur la question de la nature juridique des concessions, V. notam. G. DUPUIS, *Sur la concession de service public*, D. 1978, chron. p. 222; R. DRAGO, *Paradoxes sur le contrat administratif*, Mél. Flour; J. DUFAU, *Les concessions de service public*, Ed. du Moniteur 1979, p. 122 et s.; C. BETTINGER, *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levrault 1979; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, T. I, 2^e éd., L.G.D.J. 1983, p. 283 et s.

³⁴ Voir les conclusions de Tessier précitées (Rec. 1903, p. 65) : « Le droit du Ministre d'imposer des additions aux horaires des trains dans l'intérêt du public n'est pas un de ces droits de police impartis à l'Etat par la nature des choses, impératif, inaliénable, en quelque sorte, comme l'est par exemple le droit de police qu'il exerce dans l'intérêt de la sécurité publique. C'est un droit que l'Etat n'exerce que parce qu'il lui est attribué par un texte (...). Ce droit qui ne dérive pas de ses pouvoirs essentiels, de ses pouvoirs de souveraineté, mais de sa qualité de mandataire ou plutôt de "negotiorum gestor" des intérêts du public, l'Etat peut y renoncer en tout ou en partie ».

³⁵ Voir les concl. précitées de Léon Blum : « Si le contrat ne prévoit pas [la possibilité d'aggraver les charges du concessionnaire], il faudra bien que l'intervention de l'Etat vienne suppléer à son silence. L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public de transports une fois concédé. Il est concédé sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public. La concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle institue un mode de gestion indirecte, elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement. L'Etat reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens. Il reste responsable de la sécurité publique qu'une exécution inhabile du service public compromettra. Il reste responsable de l'ordre public qu'une exécution incomplète ou maladroite peut troubler. L'Etat interviendra donc nécessairement pour imposer, le cas

que l'invocation de la notion de police était abandonnée dès qu'elle était insuffisante pour fonder une extension des pouvoirs administratifs; il fallait au contraire l'exploiter tant qu'elle pouvait servir à les accroître. Il était en effet facile de montrer que les transports, activité de gestion, intéressent « la commodité de la circulation », c'est-à-dire l'ordre public et la police au sens matériel. Depuis longtemps, il était admis que la police chargée de la sécurité et du bon ordre de la circulation pouvait, en tant que telle, imposer certaines obligations aux concessionnaires de transport quels que fussent les termes de la convention³⁶. Mais c'est à la faveur de cette notion matérielle de « commodité de la circulation » et de l'ambiguïté des textes qui visaient tout à la fois « la sécurité et l'exploitation » de l'entreprise que l'on a pu subrepticement passer de la réglementation de police à la réglementation des conditions dans lesquelles s'effectue le service public, conditions envisagées non plus du point de vue de l'ordre mais de l'intérêt général du public ou de la bonne exécution du service. Une chose en effet est de fixer le « tableau de service des trains » de façon à ce que l'ordre public de la police ne soit pas compromis; une autre chose est, afin de satisfaire les exigences du public ou de l'intérêt général, de modifier ce tableau en augmentant unilatéralement le nombre de rames stipulé au contrat. Or les commissaires du gouvernement ne pouvaient pas distinguer nettement les deux pouvoirs et montrer que l'activité privée avait changé de nature à partir du moment où le second a été consacré : au contraire, il fallait, malgré la réalité des choses, le rattacher à toute force à la police et travailler à cet amalgame entre les notions pour mieux fonder en droit ce pouvoir exorbitant. Par chance, pour transgresser la loi du contrat, l'Administration, et le juge pour la couvrir, disposaient dans l'espèce de 1910 d'une loi extérieure au contrat — dite au surplus « de police » — qu'il suffisait, pour revenir sur la jurisprudence antérieure, de solliciter quelque peu³⁷. Mais cela ne doit pas cacher qu'en fait l'arrêt validait un pouvoir d'une nature autre que celui de la police, ni que celle-ci, encore une fois, n'a été que le tremplin de la théorie du service public.

Cela nous semble être en effet l'enseignement fondamental de toute cette évolution.

échéant, au concessionnaire, une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement, pour forcer l'un des termes de cette équation financière qu'est en un sens toute concession en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique ». Ce passage constitue une illustration assez édifiante de la technique de l'amalgame utilisé par le Conseil d'Etat lors de cette période de transition.

³⁶ Voir C.E. 27 janvier 1899, *Sté des chemins de fer sur route d'Algérie*, Rec., p. 53; S. 1899, III, p. 89, note HAURIU : le maire peut interdire à une compagnie de tramways de faire circuler ces véhicules un jour de 14 juillet en raison du défilé qui devait avoir lieu dans les rues intéressées.

³⁷ C'est pourquoi il nous semble très aléatoire de baser sur l'arrêt de 1910 toute prise de position théorique sur le fondement du pouvoir de modi-

§ 2. SIGNIFICATION DE LA TRANSFORMATION

240. — La transformation des activités de police et celle des activités privées en services publics s'inscrivent toutes deux, à l'évidence, dans un mouvement unique, général et, semble-t-il, irrépressible si l'on extrapole à partir des quelques exemples examinés. Or, de notre point de vue, la question essentielle est de savoir ce qui, dans la nature de la police, conduit à figer cette notion à un point donné de son histoire. Là nous paraît résider la clé de nos interrogations. Mais, d'une façon générale, la doctrine contemporaine s'est davantage attelée à découvrir les critères de la notion de service public vis-à-vis des activités privées qu'à dégager, de la genèse de cette notion, ceux de la police. Elle s'est hâtée de faire de la police une simple application du service public, alors qu'elle en constitue la source. C'est, pensons-nous, ce fait historique qui, mieux que les critères de la notion de service public (A), permet d'aller plus avant sur la voie de la connaissance de la police (B).

A. L'INSUFFISANCE DES CRITÈRES DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

241. — Si l'on peut admettre, d'une part, la définition qu'A. de Laubadère a donné du service public — « activité assumée par une collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général »³⁸ — et, d'autre part, le système de présomption assorti de critères confirmatifs ou infirmatifs que l'auteur a proposés³⁹, il est facile, avec M. Waline, de montrer que l'on ne saurait trouver là le moyen de distinguer le service public, soit de la police, soit des activités privées assujetties à la police : « La fabrication du pain est d'intérêt général » et, cependant, le « contrôle » qui pèse sur cette activité est une « police de la boulangerie »⁴⁰. Toute la question est donc de savoir, lorsque l'activité

d'intérêt général n'est pas assurée par l'Administration au sens organique, à quoi on reconnaît la nature du contrôle, contrôle de police ou contrôle de service public. Or cette question, même si l'on voit bien qu'il y a service public à partir du moment où ce contrôle est suffisamment étroit pour témoigner d'une prise en charge de l'activité par l'Administration⁴¹, nous semble devoir rester sans réponse certaine dès lors qu'il n'y a pas toujours corrélation entre la nature du contrôle et la nature de l'activité contrôlée : des activités économiques sont soumises à des réglementations dites de service public, alors qu'elles ne sont certainement pas des activités de service public⁴²; à l'inverse, un service public assuré par une personne privée peut être organisé et géré dans le cadre d'une concession dont le juge judiciaire sanctionne certaines dispositions du cahier des charges de la même façon qu'une norme de police⁴³.

Si l'on s'attache maintenant non plus à la nature des normes qui régissent le fonctionnement ou l'organisation du service public assuré par une personne privée mais aux procédés par lesquels celle-ci accomplit cette mission, l'élément prérogative de puissance publique n'est pas toujours indispensable pour en faire une activité de service public : pour détruire les vipères, le sieur Terrier n'avait besoin d'aucune prérogative de puissance publique, non plus que les collaborateurs bénévoles du service public lorsqu'ils tentent de porter secours à des personnes en danger ; en ce cas, le caractère

41 Et encore faut-il tenir compte de la notion de « contrôle administratif des entreprises privées » (cf DEMICHEL, *op. cit.*, V. aussi MONSIEUR : *Aux confins du service public et de l'entreprise privée : les entreprises d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte*, Thèse Bordeaux 1942), V. *supra* n° 138.

42 V. par ex. C.E. 29 mai 1925, *Sté des Moulins Brestois*, Rec., p. 534, cité par J.L. de CORAIL, *L'identification du service public dans la jurisprudence administrative*, dans Mél. Burdeau, p. 791. Pour M. de CORAIL, « La réglementation du commerce des céréales instituée pendant la première guerre mondiale a été édictée dans l'intérêt de l'alimentation de l'armée et de la population civile [afin d'éviter le gaspillage et la spéculation] » (*op. cit.*, p. 795); cette « intervention de l'Administration dans le commerce des céréales et des industries qui s'y rattachent organisée par la législation de guerre est analysée, poursuit M. de CORAIL, comme un service d'intérêt général qui présente au plus haut degré le caractère de service public parce qu'il fonctionne " sous le contrôle et l'autorité de l'Etat " [arrêté] » (p. 791). Pour A. de LAUBADÈRE au contraire, ces interventions liées à la guerre constituent des « concessions du libéralisme à des exigences de circonstances et visent essentiellement à remédier à des crises qui menaçaient l'économie libérale elle-même. De ce fait, estime-t-il, l'interventionnisme apparaissait comme un interventionnisme de police économique » (*Droit public économique*, Dalloz, éd. 1974, p. 46-47).

43 V. Cass. crim. 16 février 1929, S. 1930, I, p. 276; Cass. crim. 17 juin 1933, D. 1933, p. 448. Sur cette jurisprudence, V. les observations critiques de M. TEITGEN (*op. cit.*, p. 149 à 167); ces critiques nous paraissent entièrement fondées car elles montrent que la Cour de cassation se fait une notion purement matérielle de la police; V. en sens contraire C.E. 5 janvier 1924, *Sté industrielle du gaz et de l'électricité*, S. 1926, III, p. 33, note HAURIOU. V. aussi sur ce point A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. II, p. 322 notamment.

fication unilatérale du contrat de concession. Cet arrêt a été rendu à une époque où, pour les raisons que nous venons de voir, il n'était pas possible de dissocier la police du service public ni de fonder sur autre chose qu'un texte ce pouvoir de modification unilatérale. Mais cet arrêt n'implique pas qu'un texte serait aujourd'hui nécessaire à cette fin. Certes, il n'existe pratiquement pas d'arrêt pour l'établir; en outre, depuis lors, l'Administration insère systématiquement dans ces contrats une clause de modification unilatérale en fonction des besoins du service. Néanmoins, A. de LAUBADÈRE a montré que, en dehors de la concession, l'Administration disposait d'un pouvoir implicite de modification unilatérale fondé sur la compétence dont celui-ci dispose de plein droit pour organiser le service public. Or si, comme l'auteur l'a expliqué, ce pouvoir implicite varie en fonction du caractère direct ou non de la participation du co-contractant au fonctionnement du service, il doit être pleinement reconnu dans le cadre de la concession car ici le concessionnaire exécute lui-même le service.

38 *Traité*, T. I, p. 578, § 1045.

39 *Revalorisations récentes de la notion de service public*, A.J.D.A. 1961, p. 591.

40 Note de M. WALINE sous C.E. 28 juin 1963, *Narcy*, R.D.P. 1968, p. 1184; A.J.D.A. 1964, p. 91, note A. de L.

spontané de la collaboration exclut même par hypothèse tout contrôle de l'Administration. Il est d'ailleurs piquant de relever que le service public dont il s'agit ici est celui de la police, et que c'est également en matière de police exercée par une personne privée que l'élément prérogative de puissance publique joue au contraire un rôle essentiel pour caractériser le service public⁴⁴. Ces curiosités s'expliquent sans doute par le rôle poly-fonctionnel de la notion de service public — qui sert à identifier le caractère administratif soit de certaines activités, soit de certains actes — ; mais si l'on observe que la police, dans ces conditions, constitue l'un des critères du service public et si l'on ajoute à cela que le fonctionnement de certains services publics est réglé par des textes ou des pouvoirs de police⁴⁵, il est clair — et c'est le seul élément de clarté — que ce n'est pas sur de telles bases qu'on pourra découvrir le principe de la distinction qui nous occupe.

Il faut donc changer de méthode d'approche.

B. LA NÉCESSITÉ D'UNE NOUVELLE METHODE D'APPROCHE DE LA DISTINCTION

242. — Les faits que nous avons décrits montrent qu'il ne semble pas possible de trouver un critère de distinction entre police et service public, que l'on se place du point de vue du droit positif ou du point de vue des théories juridiques existantes.

1. Dans tous les arrêts où les deux notions entrent en contact l'une avec l'autre et où, par conséquent, on pourrait s'attendre à trouver le principe d'une distinction juridique, on s'aperçoit au

44 V. par ex. C.E. 4 avril 1962, *Chevassier*, D. 1962, p. 327, concl. Braibant (à propos des fédérations départementales de chasseurs) ; V. aussi C.E. 13 janvier 1961, *Magnier*, A.J.D.A. 1962, p. 142, note C.P. (à propos des groupements de défense contre les ennemis des cultures qui, selon certains auteurs, exercent une activité de police : cf. par ex. F. SABIANT, *L'habilitation des personnes privées à gérer un service public*, A.J.D.A. 1977, p. 4 et s., p. 7, note 22).

45 A propos des abattoirs, V. la jurisprudence citée *supra*, notes 1 à 5. V. aussi T.A. Lille 16 décembre 1958, *Maille*, A.J.D.A. 1954, p. 244 ; à propos d'un établissement hospitalier, V. C.E. 22 mars 1963, *Delle Lorée*, Rec., p. 193 ; R.D.P. 1963, p. 815 ; à propos de la S.N.C.F., V. l'arrêt C.E. 9 mars 1966, *Ministre des T.P. c. Latu* (Rec. p. 198), dans lequel il apparaît que le maintien du bon ordre dans les parties des gares interdites au public relève d'une police exercée par la S.N.C.F., et l'arrêt 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens des cheminots* (Rec., p. 484 ; R.D.P. 1964, p. 1210, concl. Bertrand ; R.D.P. 1965, p. 700, note WALINE ; A.J.D.A. 1964, p. 682, chron. Mme PUYBASSER et M. PUISOCHER ; J.C.P. 1965, II, 14271, note BELORGEY), dans lequel le Conseil d'Etat a jugé que c'est sur la base de ses pouvoirs de police du chemin de fer que le Ministre des Travaux publics est fondé à réglementer l'exercice du droit de grève par le personnel de la S.N.C.F. Selon MM. AUBY et DUCOS-ADER, il y aurait également une « police de l'utilisation des musées » (*Droit administratif*, Dalloz, 2^e éd., p. 325) ; à propos des ports maritimes de commerce et de pêche, V. le décret n° 77-884 du 22 juillet 1977 portant « règlement général de police » de ces ports (J.O. 5 août 1977, p. 4093 et s.).

contraire qu'elles sont étroitement confondues car l'une permet toujours de passer à l'autre. Dans ces arrêts, elles entretiennent un rapport dialectique dont la fonction est de ménager une transition entre deux états différents du droit : comme s'il s'agissait de faire évoluer le droit positif tout en préservant l'ordre juridique de toute rupture, le juge en appelle toujours de l'une à l'autre dès qu'il s'agit de changer quelque chose à l'une des implications du régime de droit, du régime de légalité ou du régime libéral. Les arrêts les plus significatifs s'attachent donc beaucoup moins à distinguer les deux notions qu'à les confondre car, ainsi, elles permettent toutes sortes de manipulations jurisprudentielles assez peu orthodoxes au regard du droit existant. On ne voit donc pas comment on pourrait trouver dans ces arrêts le critère d'une distinction qu'ils s'efforcent de gommer.

2. En réalité, on a beaucoup moins besoin d'un critère de distinction que d'un principe explicatif de la substitution d'une notion à l'autre qui nous fournirait le fondement de leur différence. On ressent bien en effet, mais seulement intuitivement, l'existence d'une opposition radicale entre ces deux activités. Elles se présentent même comme deux façons d'être de l'Etat, irréductibles l'une à l'autre d'un point de vue conceptuel et pratique. On retrouve donc le terrain sur lequel nous avons initialement placé nos recherches. Mais aucune théorie juridique de l'Etat n'a été formulée dans le but de distinguer les deux notions : tout au contraire, celle de Duguit était destinée, on le sait, à soumettre la police au droit du service public, et presque toutes les autres théories dans leur ensemble à soumettre à la Loi toute l'action administrative, qu'il s'agisse indistinctement de police ou de service public. Or tout nous indique que *la police est intrinsèquement associée à l'Etat libéral et que c'est dans la nature de cet Etat que se trouvent non seulement le principe d'une distinction entre police et service public mais aussi la clé de l'ensemble de notre notion*.

Ce sont là les seules lignes de cohérence qui découlent de cette phénoménologie historique, positive et doctrinale de la notion. Cette approche ne permet cependant pas d'aller au-delà. Il nous appartient maintenant d'en faire le bilan.

CONCLUSION

DE LA PREMIÈRE PARTIE



243. — Bien qu'elle ait été nécessaire et qu'il ne faille rien récuser de ses enseignements, la phénoménologie de la police débouche sur des résultats en définitive très décevants : la police administrative a bien des critères mais pas un critère ; il y a bien des notions mais pas une notion de police administrative.

1. En dehors du fait qu'ils apparaissent dans certains cas incertains ou évolutifs (police et réglementation), différentiels (police et travaux publics), complexes (police et sanction administrative) ou encore impossibles (police et gestion du domaine public), voire inutiles (police et police de la conservation), les critères d'identification sont quelquefois négatifs, toujours unifonctionnels et dissimilables et souvent insuffisants.

— Ils sont négatifs lorsqu'en essayant d'identifier la police par rapport à une autre notion, c'est surtout le critère de l'autre notion que l'on parvient à dégager mais guère celui de la police, laquelle ne se reconnaît donc, dans ces hypothèses, que par *a contrario* (police administrative et police judiciaire, police et acte de gouvernement ou opération de guerre, et, pour une certaine part, police et sanction, police et police de la conservation).

— Si l'on réussit ici ou là à discerner tant bien que mal un critère pour la police, celui-ci ne permet de la cerner que sur un angle particulier : c'est un critère de distinction d'un couple de notions et non un critère d'identification universel qui permettrait de reconnaître la police dans toutes les situations (ainsi le critère de distinction entre police administrative et police judiciaire ne sert à rien pour différencier la police du service public ou de la sanction ou encore du contrôle administratif, et si des critères peuvent être découverts pour chacun de ces derniers couples, ils ne sont d'aucune utilité pour tous les autres). Ce défaut de polyvalence entraîne nécessairement la dissimilitude de ces critères entre eux, bien que ces derniers prétendent identifier à chaque fois la même notion. Sur ce point — mais c'est apparemment le seul —, la notion de police semble constituer une particularité remarquable au sein

du droit administratif car on ne voit pas, semble-t-il, d'autre notion propre à ce droit qui, à ce point, exigerait des critères différents selon l'angle d'observation choisi.

— Ces critères sont enfin insuffisants parce que même s'ils permettent, le cas échéant, de distinguer la police de certaines autres catégories, ils n'expliquent pas pourquoi, bien que ces catégories soient distinguables de la police, elles la recouvrent quelquefois totalement ou partiellement ou sont au contraire recouvertes par elle, au moins en partie (la police se distingue bien des sanctions, des travaux publics ou des services publics, mais certaines sanctions ou certains travaux publics se rattachent à la police et cette dernière s'analyse sans inconvénient comme un service public).

2. On comprend donc que la police soit, selon le cas, une notion résiduelle, fragmentaire, difforme ou téléologique, ce qui la condamne en tant que notion juridique.

Elle apparaît résiduelle dans la mesure où elle se manifeste négativement, fragmentaire parce que chaque critère n'en découvre qu'un aspect, difforme car l'image qu'en révèle chaque point de vue adopté est peu compatible avec les autres (la notion de police administrative que l'on oppose, par exemple, à la police judiciaire a bien peu de rapports avec la notion de police administrative que l'on cherche à distinguer du service public ou de la sanction). Il y aurait donc autant de notions de police administrative que de critères utiles à mettre en œuvre, autant de catégories de police que d'hypothèses dans lesquelles d'autres catégories sont susceptibles d'être confondues avec elle mais dont la particularité des régimes impose d'élaborer un critère permettant de les en différencier. Ceci contribue à expliquer que le droit positif donne, dans certains cas, une représentation téléologique de la police, notamment lorsque le juge cherche moins à l'identifier pour elle-même qu'à justifier, grâce à son invocation, le régime qu'il entend appliquer à tel acte.

3. Par conséquent, la police contemporaine ne présente pas plus de singularité évidente au sein des activités administratives qu'au sein des fonctions étatiques : on ne discerne nettement ni son fondement, ni sa nature exacte, ni ses limites précises. La notion de police ne serait que la somme de ses représentations techniques particulières et, en même temps, une sorte de magma largement empirique, équivoque et historique, dans la mesure où elle est liée de façon assez floue à une conception libérale de l'activité publique. On retrouve partout dans le droit administratif d'aujourd'hui les buttes-témoins de son passé splendide, reliquats d'une érosion séculaire, mais rien ne permet plus d'en affirmer la cohérence. La seule chose que l'on puisse énoncer sans crainte d'être démenti se résume à ceci : elle est bien une « modalité (...) de l'action administrative » (J. Moreau), mais ni le droit positif ni la doctrine ne peuvent en démontrer la spécificité globale.

Si nous n'étions mû que par le seul désir de décrire sa physiologie en droit positif et en doctrine, nous pourrions ici conclure à l'inexistence de la police en tant que notion homogène. Les exigences de notre genre et sans doute aussi celles d'un certain « esthétisme »¹ nous obligent à rechercher, sous ces apparences, une catégorie fédérative de ses manifestations techniques particulières, c'est-à-dire d'en tenter maintenant une sorte d'ontologie.

¹ P. WEIL, Compte rendu bibliographique de la thèse de M. KLEIN, R.D.P. 1967, p. 718.