





# LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

DE LA

# MORALITÉ ADMINISTRATIVE

# LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

DE LA

## MORALITÉ ADMINISTRATIVE

ÉTUDE DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE

PAR

Henri WELTER

Docteur ès Sciences juridiques  
Docteur ès Sciences politiques et économiques



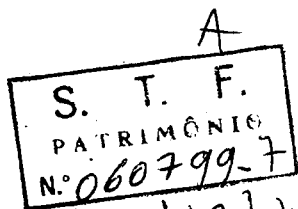
PRÉFACE

de M. Georges RENARD

Professeur de Droit public à l'Université de Nancy

Le droit n'est point une science exacte; il est une science morale, et, comme telle, faite de nuances et de contingences, vouée aux divergences d'appréciations et à de continuelles incertitudes.

(Louis JOSSEMAND, *Esprit des Droits*, 1927, p. 58).



18/12/78

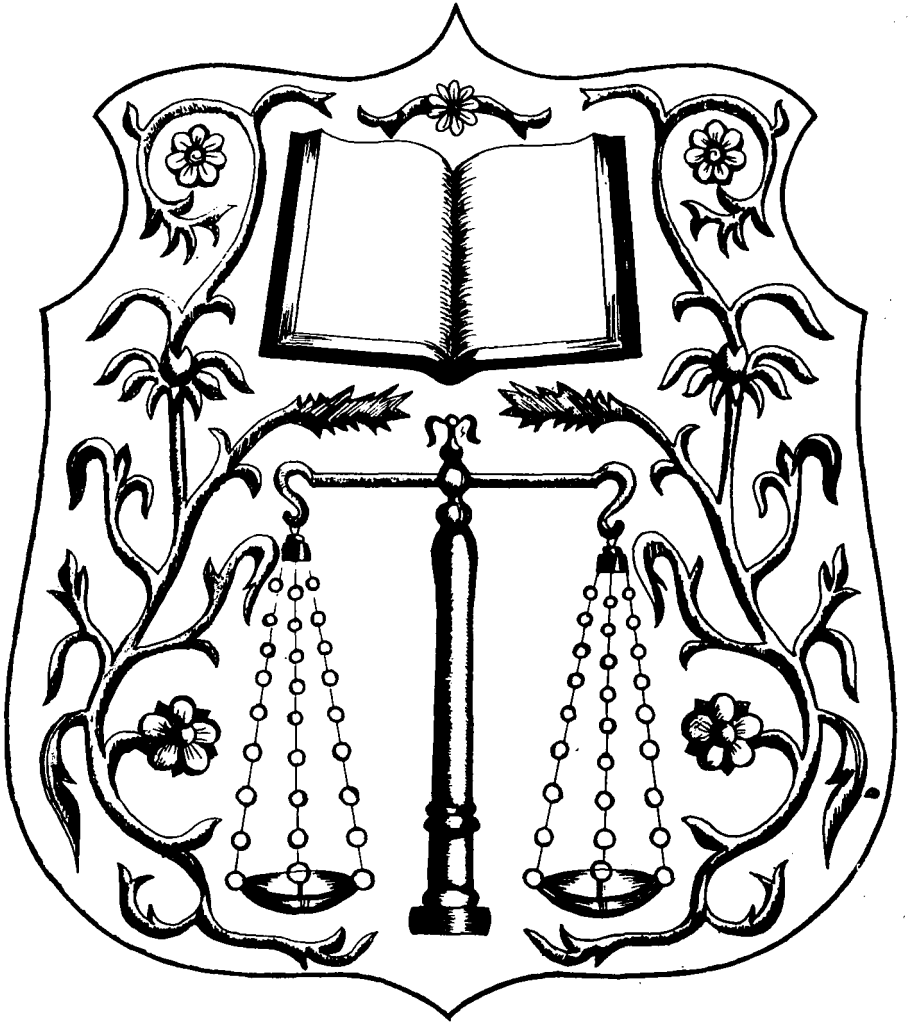
LIBRAIRIE  
DU  
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)  
22, Rue Soufflot, PARIS, 5<sup>e</sup>

1929

LE  
344.3517 0944  
W464  
e JM

ex-libris



BIBLIOTECA  
30362  
Tribunal Federal

**LEVI CARNEIRO**

## PRÉFACE

---

*A l'heure où paraît cet ouvrage, la science française du droit public porte le deuil des deux maîtres dont les travaux ont jeté sur elle le plus vif éclat durant le premier quart de notre XX<sup>e</sup> siècle.*

*En moins de trois mois — 18 décembre 1928 et 12 mars 1929 — elle a perdu les deux puissants lutteurs dont les vives, mais toujours amicales controverses, l'ont renouvelée de fond en comble, et conduite à un degré de perfection qu'ont sujet d'envier les plus vieilles disciplines de nos programmes universitaires.*

*Ceux de ma génération n'ont qu'à rappeler leurs souvenirs pour mesurer le chemin parcouru !*

*Qu'était le droit administratif au temps où nous préparions la licence ? Certes, déjà LAFERRIÈRE avait donné le coup de barre décisif qui devait le sortir de l'ornière d'une insipide réglementation. Avouons-le pourtant : le droit administratif était impopulaire parmi les étudiants ; et il faut bien avouer que les étudiants avaient quelque excuse de lui faire grise mine.*

*Je me souviendrai toujours de l'exclamation poussée par un ancien bâtonnier du barreau de Nancy à la sortie d'un cours public donné par mon cher collègue et ami Louis*

ROLLAND, pendant l'été de 1919, sur la législation des dommages de guerre : « Quel admirable professeur ! mais quelle pitié de le voir relégué dans une chaire de droit administratif ! » J'eus bien du mal à persuader mon interlocuteur que Louis ROLLAND se tenait pour satisfait de son sort.

La réhabilitation du droit administratif fut l'œuvre conjugée de cet admirable tribunal qu'est notre Conseil d'Etat et des grands jurisconsultes entre lesquels Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU ont occupé le premier rang : deux chefs d'école qui se cherchaient en se combattant et qui se rejoindront peut-être un jour — j'en ai, pour mon compte personnel, la ferme espérance — dans la lignée des disciples dont ils ont peuplé les chaires de droit public des Universités françaises !

Disciple du second, adversaire du premier, qu'il me soit permis de les réunir dans un même hommage d'admiration et de respectueuse affection !

\*  
\* \*

L'auteur de l'ouvrage que je présente au public est un arrière-disciple d'HAURIOU.

Il affirme dès l' Avant-Propos son attachement « aux « thèses traditionnelles de la personnalité morale et au « principe d'autorité et de puissance publique » ; et il suppose admises « certaines théories relatives, notamment, à « la nature juridique de l'institution administrative, au « caractère de la décision exécutoire, à la notion de puissance et à la distinction de l'acte et de l'opération administrative, telles qu'elles se trouvent exprimées dans « l'œuvre magistrale de l'éminent doyen honoraire de la « Faculté de droit de Toulouse ».

Par ailleurs, il lui plaît de revendiquer mon propre patronage. Je le lui accorde d'autant plus volontiers qu'il use, envers mes ouvrages, de la plus entière liberté d'appréciation.

*Je ne serais point, moi-même, l'élève d'HAURIU, si je croyais mes opinions à l'abri de la critique de mes élèves et si, loin de me complaire au développement de ma pensée dans leurs thèses de doctorat, je ne les pouvais vigoureusement à faire acte d'indépendance en accusant leur personnalité intellectuelle.*

*Il n'y a point de labeur humain qui soit définitif, car la perfection — au sens étymologique du mot — n'est point de ce monde: nul ici bas n'a le droit de poser sur son œuvre le sceau qu'imprima le Créateur sur l'œuvre des six jours : vidit quoniam bonum.*

*C'est, au contraire, le signe qui distingue les doctrines fortes de s'assimiler les amendements et de souffrir les corrections; ce sont les doctrines médiocres qui se défendent contre les retouches, parce que toute retouche en menace l'équilibre fragile : elles sont « à prendre ou à laisser ».*

\*  
\*\*

*Avant de présenter l'œuvre, je crois devoir présenter l'ouvrier.*

*Henri WELTER est un fils d'Alsace.*

*Il a fait ses humanités sous l'occupation allemande. De sa formation première il a peut-être gardé le travers d'une certaine complication d'esprit qui rend parfois pénible au lecteur français, toujours avide de clarté, l'intelligence de son raisonnement; travers généreusement compensé par le mérite d'un travail consciencieux et pénétrant au service d'une remarquable puissance de conception et de construction. M. WELTER a la ténacité qui s'acharne à l'obstacle et finit par l'emporter. Son livre lui a coûté une demi-douzaine d'années de recherches et de réflexions : sapit laborem; si l'auteur n'a pas su dissimuler, sous les élégances du langage, la peine qu'il a prise pour le composer, qui lui en tiendra rigueur ?*

*La première difficulté qu'il eut à vaincre fut celle de la langue. Pour s'exercer plus rapidement à la nôtre devenue*



la sienne, cet enfant de Mulhouse vint achever ses études à Nancy, craignant de trouver à Strasbourg trop d'occasions de parler et d'entendre parler allemand. Et, dès le mois de juillet 1922, il présentait une première thèse — déjà solidement pensée — sur la discrimination de l'expropriation indirecte, des dommages permanents résultant des travaux publics et des faits de service, à laquelle — en dépit de son incorrection littéraire, si excusable ! — le jury décerna la mention « très bien ».

Il voulut faire mieux; il surprit dans les publications de M. HAURIU et dans mon enseignement l'idée du contrôle juridictionnel de la moralité administrative; il médita longuement ce sujet durant les loisirs que lui laissaient ses besognes professionnelles; et puis il me confia son manuscrit.

Il me confia même autre chose (mais ici je trahis une confidence) : il me demanda si son livre valait l'impression... Je lui répondis en l'appuyant chaudement auprès d'une maison d'édition qui se fait un devoir d'encourager les jeunes talents.

\*  
\*\*

Ce second travail apporte une intéressante contribution à la définition du régime administratif: un système qui jadis faisait l'étonnement des Anglais et des Américains et qu'aujourd'hui ils manifestent certaines vellétés de nous emprunter !

Le régime administratif est plus facile à sentir qu'à expliquer; le contrôle juridictionnel de la moralité administrative offre un jour particulièrement favorable pour le saisir : et c'est là tout l'intérêt — du moins, le gros intérêt du présent ouvrage.

\*  
\*\*

Admettre les investigations du juge au delà du contrôle de la légalité, cela semble une gageure : nos juges ne s'au-

*torisent même pas à exercer le contrôle de la constitutionnalité !*

*Le contrôle de la moralité provoque, chez les juristes, un sentiment d'effroi; ils voient se dresser l'épouvantail de l'Ordre moral ou s'avancer, d'Amérique, le spectre du gouvernement des juges; et la plupart de se livrer à des tentatives héroïques pour ramener dans le cadre du contrôle de la légalité toutes sortes d'entreprises de la juridiction administrative sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration; on songe aux expédients des savants pour ramener aux cadres des systèmes périmés les faits qui les contredisent et qui obligeront tôt ou tard à les abandonner...*

*Pour la plupart des juristes, le contrôle juridictionnel de la moralité est une doctrine hérétique; elle dérange l'ordre juridique, qui repose tout entier sur la légalité, — comme, pour certains savants, le miracle dérange l'Ordre des lois naturelles et par conséquent doit être proscrit par la science pour cette raison, contre laquelle ne saurait prévaloir aucune expérience, savoir qu'il est impossible.*

*Juristes et savants qui tiennent ce langage tombent dans la même illusion.*

*Le miracle n'est point une monstruosité, un défi jeté par la divinité à l'Ordre qu'Elle a Elle-même établi, une insulte à la raison humaine, et, du même coup, un absurde désaveu que la Raison divine s'infligerait à Elle-même, puisque la raison humaine en est le reflet. Tout au contraire, le miracle est le signe révélateur d'un Ordre supérieur à l'Ordre sensible, mais articulé à celui-ci dans une synthèse dont notre raison naturelle ne saisit qu'un palier, en dehors des éclairs qui lui font entrevoir tout d'un coup un plan qui la dépasse.*

*Ainsi le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Il est bien un... miracle dans la perspective de l'Ordre de la légalité; mais il est aussi le témoignage de l'existence d'un Ordre juridique supérieur à l'Ordre de la légalité, mais articulé à celui-ci dans une synthèse qui*

*échappe habituellement — car il y a des réserves à faire — à l'appréhension du droit privé et de la justice judiciaire, mais qui tombe normalement sous l'appréhension de ce droit et de cette juridiction d'essence disciplinaire que sont le droit administratif et la juridiction administrative.*

*La déontologie peut être accidentellement hors de tel ou tel système juridique particulier ; et encore ! Elle n'est pas essentiellement hors le droit ; et c'est la signification philosophique de la juridiction administrative d'offrir un terrain exceptionnellement favorable à la conjonction des deux Ordres, et donc à la réfutation expérimentale et positive des illusions du patriarcat de Kœnigsberg.*

\*  
\*\*

*Il y a même, sous le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, toute une philosophie latente.*

*Ce contrôle, dit M. WELTER, est, avant tout, le moyen d'assujettir l'activité administrative — non à la seule légalité formelle — mais aux Buts qui lui sont impartis, suivant la disposition de l'Ordre administratif, en vue de la satisfaction de l'intérêt public.*

*Par là même, l'auteur rejoint cette philosophie d'après laquelle chaque milieu historique — chaque institution, et non point la seule institution administrative — est le siège d'un système juridique gouverné par la règle de la coaptation des activités individuelles aux fins de la communauté, — tous les milieux historiques, toutes les institutions, tous les systèmes juridiques étant eux-mêmes coordonnés les uns aux autres par leur coaptation aux fins des communautés supérieures, et en définitive de cette communauté suprême qu'est l'humanité : le genre humain, disait Suarez, forme une unité, non seulement spécifique, mais politique et morale — non solum specificam, sed politicam et moralem... J'ai risqué quelque part « la conception institutionnelle du droit »... Toute règle de droit traduit quelque lien institutionnel...*

Seulement, le caractère du lien se modifie suivant la nature des communautés.

C'est toujours un lien juridique — mais un lien plus strictement légal dans celles des communautés dont la fin est surtout de procurer la Sécurité (l'État, la société internationale...), — un lien plus souple que la légalité dans les communautés plus intimes (la famille, la corporation, l'administration...) où, la Sécurité étant satisfaite par d'autres garanties, il est permis d'envisager la réalisation d'une Justice plus adéquate aux situations concrètes que les formules abstraites et anonymes de la loi.

L'administration — en régime administratif — est la plus accomplie des communautés de cette seconde catégorie. La corporation professionnelle ou le groupement syndical atteindra peut-être quelque jour le même développement : il aura alors sa juridiction propre ; et la juridiction corporative ou syndicale, comme à présent la juridiction administrative, embrassera dans sa compétence le contrôle de l'ajustement des activités individuelles aux fins collectives, non dans la seule perspective de quelque réglementation préconstituée, mais en même temps sous l'angle de la déontologie institutionnelle. En vérité, le contrôle juridictionnel de la moralité administrative n'est ni un désordre... ni un miracle ; il ne manifeste aucune confusion des genres ; et c'est à tort que le plus grand nombre des juriconsultes se scandalisent du mot, et sans succès qu'ils tentent de masquer la chose.

Une fois de plus la théorie de l'institution rend compte très simplement du « réel » expérimenté, qui, en dehors d'elle, reste inexplicable.

\*  
\* \*

M. WELTER le démontre d'une façon péremptoire : le contrôle de la moralité est irréductible au contrôle de la légalité. Il me permettra d'ajouter que la réduction se ferait encore plus aisément en sens contraire.

*Car enfin la légalité n'est jamais qu'une approximation grossière de la moralité. Comme le savant substitue au fait brut A et B le fait scientifique A' et B' et bâtit sur celui-ci des théories et des systèmes qui ne s'adaptent qu'à peu près à celui-là, mais pourtant d'une façon suffisamment approchée pour satisfaire aux « commodités » de la science et de ses applications, — ainsi la légalité occupe, au devant de la moralité, comme une ligne de défense qui perdrait évidemment toute raison d'être si la moralité n'était à l'arrière : et ceci est la tactique du droit privé et de la juridiction judiciaire.*

*En droit administratif et dans le contentieux administratif, la moralité n'est pas entièrement abandonnée à la protection de la légalité; elle se défend elle-même, habituellement dans les interstices de la légalité, exceptionnellement contre la légalité. Là réside toute la différence entre les deux disciplines; encore cette différence ne va-t-elle pas sans atténuations, car il n'est pas exact que le contrôle de la moralité fasse entièrement défaut dans le contentieux judiciaire.*

*Et, je le répète, il doit en être ainsi en toute institution dont l'intimité passe le niveau de ce qu'on nomme à juste titre le « droit commun », dès qu'elle est parvenue à une perfection suffisante pour avoir son droit intérieur et sa justice intérieure : l'intimité institutionnelle engendre ce dépassement de la légalité, ce remembrement de la déontologie et du droit.*

*Les juristes qui essaient de contraindre le contrôle de la moralité dans le contrôle de la légalité ressemblent à ces mauvais musiciens d'église qui, incapables de suivre la mélodie grégorienne et de l'interpréter, scandent antiennes et motets sur la mesure à quatre temps, parce que c'est en effet plus facile à comprendre et à exécuter... pour qui n'a pas le sens de la musique....*

\*  
\* \*

*Volontairement, M. WELTER s'est interdit ces vastes horizons. Je me garde de lui en faire grief. Ils l'auraient sans doute entraîné à nuancer — et par conséquent à compliquer encore — l'expression de sa pensée ; c'est alors qu'il se serait attiré des reproches !... Il ne trouvera pas mauvais que je m'y expose pour lui.*

*Or donc, pour circonscrire le contrôle juridictionnel de la moralité, M. WELTER suggère une distinction tripartite : le contentieux de la légalité jouerait aussi bien en droit privé et devant les tribunaux judiciaires qu'en droit administratif et devant la juridiction administrative ; le contentieux de la moralité serait réservé — en principe — au droit administratif et au contentieux qui s'y rapporte ; aucune juridiction enfin n'aurait qualité pour apprécier l'opportunité des actes dont l'administration ou les particuliers prennent l'initiative dans les limites de la légalité et — pour l'administration — de la déontologie institutionnelle.*

*La trilogie est alléchante ; elle est d'une jolie venue ; l'esprit juridique — pour qui ce n'est pas le doute mais la certitude qui est un « mol oreiller » — voudrait pouvoir s'y reposer. Et je reconnais qu'il y a en elle une âme de vérité... Pourtant n'est-elle point forcée ?*

*En somme, elle procède d'une opposition — maintenue contre DUGUIT — entre le droit public et le droit privé, dont l'auteur, tout en s'y attachant, ne manque pourtant pas de reconnaître qu'elle n'est point parfaitement adéquate à la réalité ; aussi bien, est-ce seulement « en principe », écrit-il, que le contrôle de la moralité est étranger au droit privé et au contentieux judiciaire.*

*Cette opposition, M. WELTER aurait grande raison de la défendre si le nivellement des deux systèmes devait nécessairement s'entendre de l'intolérable abolition de tout principe d'autorité.*

*Mais il en est une autre interprétation ; et justement celle-*

*ci est en harmonie avec la philosophie qui s'ignore dans son livre et que je m'applique à dégager du revêtement juridique où elle s'enveloppe.*

*Il y a ici une illusion à dissiper.*

*Le droit public est nettement à base d'autorité; du droit privé, on proclame qu'il est purement à base de liberté et d'égalité; or, comme celui-ci est la norme des rapports de particuliers à particuliers tandis que celui-là est le statut de l'Etat et la règle des rapports des particuliers avec l'Etat, on conclut un peu lestement que l'Etat est le siège unique de toute autorité: et telle est la signification classique de la distinction du droit public et du droit privé.*

*C'est là une pernicieuse erreur.*

*L'Etat est la centralisation du pouvoir de contrainte; mais autre chose est la contrainte, autre chose l'autorité. Toute autorité n'est pas dans l'Etat et toute autorité ne vient pas de l'Etat. L'autorité est l'apanage de l'institution et toute institution — publique ou privée — est le siège d'une autorité.*

*Ainsi la summa divisio du droit n'est point celle du droit public et du droit privé; c'est la division du droit individuel qui est l'expression de la justice commutative et du droit institutionnel qui est l'expression de la justice distributive.*

*Le contentieux du droit individuel est un contentieux de pure légalité; le contentieux institutionnel embrasse le contrôle de la moralité — du moins, ce que M. WELTER appelle le contrôle de la moralité, savoir, en somme, le contrôle de la finalité.*

*Certes, il y a plus de droit institutionnel dans l'organisation de l'Etat et ses rapports avec les particuliers, plus de droit individuel dans le commerce de la vie privée et les rapports des particuliers entre eux; ici plus de justice commutative avec un contentieux moins largement ouvert sur la moralité, — là plus de justice distributive avec un contentieux moins strictement cantonné dans le contrôle de la légalité. Mais enfin ce n'est pas parce que le droit public*

est le droit de l'Etat que son contentieux a, du côté du contrôle de la moralité, des hardiesses inconnues du droit civil et du contentieux judiciaire; c'est parce qu'il y a en lui plus de droit institutionnel.

Ainsi s'explique le fait de certaines pénétrations actuelles ou possibles du contrôle de la moralité dans le cercle du droit civil et du contentieux judiciaire : pénétration qui seraient injustifiables si l'on s'en tenait à la correspondance — qu'il faut donc bien avouer purement approximative — du contentieux de la moralité avec le droit public et du contentieux de la légalité avec le droit privé.

\*  
\*\*

Légalité, moralité... il y a un troisième terme : opportunité. Est-il bien vrai que cette dernière soit, à tout événement, pour le pouvoir discrétionnaire, une citadelle inexpugnable ?

Somme toute, le contrôle de la moralité se justifie par l'intimité institutionnelle — une intimité telle que ses membres ne sont plus véritablement « autrui » les uns pour les autres : ils sont, d'une certaine manière, « membres » les uns des autres dans la structure d'un organisme. une intimité qui, comme l'amitié, passe outre à cette sorte de Sécurité qui se fonde sur une charte, et qui repose tout entière sur la Confiance; une intimité qui consiste essentiellement en un lien moral... Voilà l'atmosphère du contrôle de la moralité.

Or il est bien des degrés dans l'intimité institutionnelle; et il semble que plus cette intimité se resserre, plus le contrôle de la juridiction institutionnelle doit pouvoir s'affranchir des bornes de la légalité.

Alors, ne conviendrait-il pas d'envisager un élargissement progressif du contrôle juridictionnel en rapport avec le resserrement de l'intimité institutionnelle, jusqu'à une limite où tout pouvoir discrétionnaire de l'agent s'abîmerait dans la plénitude des pouvoirs d'investigation du juge?



*C'est le cas de la famille. Or justement, dans la mesure où le contrôle juridictionnel s'exerce sur la puissance maritale ou la puissance paternelle, il s'étend jusqu'à l'opportunité : la justice accorde à la femme l'autorisation refusée par le mari, au père l'internement de son enfant par mesure de correction... suivant l'opportunité ; elle substitue entièrement son appréciation à celle du chef de famille.*

*Précisément, M. WELTER observe qu'en matière fiscale, le contrôle du juge (du juge judiciaire aussi bien que du juge administratif) dépasse, non seulement la légalité, mais la moralité, au point que la justice tend à confisquer en totalité le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur : l'administration des juges ! N'est-ce point parce que la solidarité des contribuables devant les charges fiscales revêt, aux yeux de la jurisprudence et même de l'opinion qu'elle reflète, une intimité plus étroite qui appelle une Justice plus rigoureuse dans la répartition de l'impôt, et parce que le sentiment général est plus douloureusement froissé par l'inégalité en matière de contributions qu'en toute autre matière administrative : ubi thesaurus noster, ibi cor nostrum ?... Nous sommes ainsi faits : nous nous accommodons d'une foule d'inégalités sociales ; nous ne nous résignons pas à l'inégalité fiscale — pas plus qu'à l'inégalité électorale ; aussi bien je n'aperçois pas que le contentieux électoral laisse subsister beaucoup de pouvoir discrétionnaire au profit de l'administration.*

*Que s'il vient à s'établir un jour des tribunaux corporatifs, je suis convaincu qu'ils ne s'arrêteront pas au contrôle de la moralité ; et ce sera une illustration de plus de l'administration des juges.*

*... Est-il besoin de protester que, sous le bénéfice de ce léger coup d'estompe, je souscris des deux mains à la distinction de la légalité, de la moralité et de l'opportunité, — combien plus douce et plus proche de la vérité déjà que l'opposition directe de la légalité et de l'opportunité ?*

\*  
\* \*

*Il ne saurait être question d'analyser, dans cette préface, la doctrine affirmée dans l'introduction et la première partie de cet ouvrage — bien moins encore de reprendre les confrontations jurisprudentielles développées dans la seconde partie. Quelques lignes suffiront pour former trait d'union entre les vues philosophiques que je viens d'esquisser et la technique du contrôle juridictionnel de la moralité administrative telle que la conçoit M. WELTER.*

*L'auteur part de ce principe — la clef de voûte de la doctrine toulousaine... et nancéienne — que l'administration publique n'est point une simple coordination de services d'intérêt général ; elle est un pouvoir qui entre en composition dans l'équilibre du régime d'Etat. Ce pouvoir, qui se traduit dans le procédé de la décision exécutoire et de l'action d'office, est discrétionnaire. Il se justifie par l'incapacité de la loi à encadrer par des prévisions adéquates l'indéfinie variété des situations concrètes qui viendront à provoquer l'intervention administrative.*

*Mais discrétionnaire n'est pas arbitraire.*

*Le pouvoir administratif est assigné à des Buts ; les droits de l'administration ont une nature fonctionnelle ; c'est justement la subordination du pouvoir administratif à la fonction administrative qui imprime à l'administration le caractère institutionnel. La décision exécutoire doit donc être assujettie au contrôle de la conformité du But qu'elle poursuit en fait aux Buts qu'en droit l'administration est tenue de poursuivre dans l'exercice de sa compétence et de chacune de ses compétences.*

*Car ses buts sont spécialisés. Leur compartimentage n'est pourtant point tellement méticuleux que, d'une façon générale, l'administration soit absolument liée ; il reste place à un battement. Dans les frontières de ce battement, c'est le pouvoir discrétionnaire ; le choix de l'administration est affaire d'opportunité ; il échappe à la censure juridictionnelle. Au delà, c'est le détournement de pouvoir ; la déon-*

*tologie administrative est intéressée à un redressement ; la censure juridictionnelle s'impose.*

*Et c'est bien un contrôle de la moralité, car toute appréciation de la fin poursuivie par un être libre est essentiellement un jugement de moralité.*

\*  
\* \*

*En somme, le pouvoir discrétionnaire est cantonné dans le choix du moment d'agir et dans celui des moyens d'action: il s'exerce librement dans toute la mesure où la loi ne l'a pas bridé. Dans le cas où la loi l'a bridé, il y va du contrôle de la légalité; le contrôle de la moralité n'a rien à voir ici.*

*Le contrôle de la moralité s'exerce essentiellement sur le But que s'est proposé l'administrateur: il ne vise pas l'utilité ou l'inutilité de la mesure attaquée, mais la conception juridique que l'administrateur s'est faite de son devoir fonctionnel en suivant une direction donnée. De là il rejailit sur la constatation matérielle et la qualification juridique de la situation de fait qui a provoqué l'intervention de l'administrateur, en tant qu'elles ne tombent pas déjà sous le contrôle contentieux du chef d'illégalité.*

*Du reste, il est bien entendu que le contrôle de la légalité demeure la pièce de résistance de la fonction juridictionnelle. Il garde la primauté; la Sécurité l'exige. L'illégalité suffit à déterminer l'annulation de l'acte administratif aussi bien que de l'acte privé, quand même il devrait être approuvé du point de vue déontologique. Tout au moins faudrait-il des circonstances tout à fait extraordinaires pour permettre au juge administratif de passer outre à la loi . . du reste au nom de la même Sécurité.*

*Car la même idée de Sécurité, déclare M. WELTER, « exige également que la bonne foi et le sens de la justice ne soient pas écrasés sous le poids des règles abstraites qui, malgré toute l'autorité que leur confère leur qualité d'expression la plus élevée de la technique juridique, ne*

« peuvent avoir qu'une valeur relative. Toute la différence  
 « entre le système auquel nous nous rallions et la doctrine  
 « classique réside dans le fait, que nous voudrions voir  
 « poser en principe, que celui qui aura accompli un acte  
 « contraire à la loi doit toujours pouvoir établir que, se  
 « trouvant dans des conditions particulières, dont, peut-  
 « être, le législateur n'a pu se rendre suffisamment comp-  
 « te, il avait de justes motifs et des raisons très graves de se  
 « mettre, dans le cas considéré, en opposition de fait avec  
 « la règle formelle, alors que le système traditionnel abou-  
 « tit, en somme, à la défense de l'autorité absolue de la  
 « règle légale en n'admettant pas qu'on puisse faire valoir  
 « contre elle des excuses légitimes ».

... J'ai risqué moi-même la thèse de l'illégalité légitime; je l'ai même appuyée à de graves documents de jurisprudence.

\*  
 \*\*

Le terme de « moralité » exprime-t-il bien ce genre de contrôle juridictionnel qui excède la légalité sans entamer sur l'opportunité ? J'aurais mauvaise grâce à le critiquer après l'avoir emprunté moi-même à M. HAURIUO.

Après tout, ce n'est qu'une question de mot; et M. WELTER ne s'est pas mépris sur la signification de celui auquel il garde sa préférence : « La moralité administrative que nous visons ne se confond pas avec la moralité commune; elle est constituée par les règles de la bonne administration, c'est-à-dire par l'ensemble des règles de but et de discipline déterminées non seulement par la distinction du bien et du mal, mais, d'une façon plus spéciale, par la mission générale de l'administration et l'idée de la fonction administrative ».

Toute équivoque est dissipée par cette déclaration qui, par ailleurs, plaide les circonstances atténuantes auprès du lecteur auquel paraîtrait redoutable, pour la liberté indivi-

duelle, le pouvoir reconnu au juge de s'ériger en censeur de la moralité.

*Les recherches auxquelles je me suis livré plus tard sur la théorie de l'acte juridique m'ont incliné à substituer au terme de moralité ceux d' « idéalité » ou de « rationalité ». Après tout l'écart n'est pas grand... s'il subsiste un écart.*

*Car c'est le même objectif que l'on désigne du nom d' « idéalité » ou du nom de « moralité » suivant qu'on le considère dans la perspective du « vrai » ou dans celle du « bien ».*

*Au fond, le « vrai » et le « bien » sont une seule et même chose. Le bien moral, c'est ce qui est conforme au vrai ; l'acte bon est celui qui tend à une fin approuvée par la raison ; la raison pratique qui préside à l'action se ramène à la raison spéculative qui préside au jugement.*

*La « moralité » se ramène donc à la « rationalité ».*

Georges RENARD

Professeur de droit public à l'Université de Nancy.

---

## AVANT-PROPOS

---

Faire la théorie du contrôle juridictionnel de la moralité administrative c'est exposer, surtout, l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment celle intéressant le contrôle de l'*excès de pouvoir*, dans lequel le juge s'est appliqué à rappeler les administrateurs défailants au respect des règles de déontologie qui s'imposent à eux dans l'exercice de leur compétence.

« Si le droit administratif est si prenant, dit M. G. Renard (*Le Droit, la Justice et la Volonté*, p. 103), c'est parce qu'il est le théâtre des assauts sans cesse renouvelés et parfois héroïques de la juridiction du Conseil d'Etat, pour s'assujettir de nouveaux terrains et pour arracher à la *moralité administrative* quelques lambeaux de plus ». L'examen de cette jurisprudence poussé jusque dans tous les détails du problème nous entraînerait fatalement à un aperçu de l'ensemble du droit administratif français tel qu'il a été compris et interprété par le Conseil d'Etat, parce que l'idée de *moralité*, dans son acception la plus large, se rencontre dans toutes les matières de cette discipline juridique ainsi que dans toutes les branches du contrôle contentieux de l'administration.

Il est bien entendu que dans les pages qui vont suivre nous n'avons nullement eu l'intention de nous livrer à un exposé qui dépasserait de beaucoup les limites d'une étude strictement commandée par les nécessités d'une démonstration des propositions, d'ailleurs bien simples, que nous allons émettre.

\*  
\*\*

Après avoir rappelé certaines notions fondamentales du droit public français se rattachant plus spécialement à l'idée de *pouvoir discrétionnaire*, qui constitue l'apanage de la puissance publique, nous exposerons l'évolution de la jurisprudence dans le domaine de ce que nous allons appeler le contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*, en attirant l'attention sur les décisions jurisprudentielles qui nous sont apparues comme devant particulièrement être retenues du point de vue de notre étude et en évitant, en même temps, de nous étendre sur des questions de détail sans grand intérêt pour notre sujet.

Nous nous attacherons, surtout, à faire ressortir les grands courants d'idées qui se sont fait jour au cours de l'évolution du recours pour excès de pouvoir, sans avoir la prétention de fournir un aperçu absolument complet des solutions pratiques qui se sont imposées à cet égard. Nous regrettons de n'avoir pu, faute de place, développer toujours, dans tous leurs détails, les idées que nous émettons au cours de cette étude.

Par ailleurs, dans l'exposé que nous ferons de la question du contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*, nous éliminerons complètement le droit fiscal — qui, autrefois quelque peu délaissé par les auteurs, est aujourd'hui ardemment discuté en doctrine —, d'abord, parce que nous ne voulons pas toucher à une matière délicate pour laquelle nous ne nous estimons pas suffisamment préparé et, ensuite, parce que ce droit est dominé, d'une part, pour le règlement de fond des divers intérêts en cause, par les principes du droit privé et, d'autre part, par des postulats particuliers se rattachant à la procédure spéciale des matières fiscales (1).

(1) V. not. L. TROTABAS, *Essai sur le droit fiscal*, *Rev. de Sc. et de Législ. Fin.*, 1928, p. 201 et s., qui défend avec ardeur l'autonomie du droit fiscal, et les notes de M. Fr. GÉNY publiées dans les dernières années du Recueil Sirey (V. not. S. 27.3.41).

On parle beaucoup du *pouvoir discrétionnaire* du contrôleur des contributions directes et des abus auxquels peut donner lieu l'exercice de ce pouvoir (1) ; mais le droit de contrôle appartenant au juge, en cette matière, et relevant du contentieux de la pleine juridiction, n'est guère comparable au contrôle exercé par le même juge sur les actes administratifs tel que nous aurons l'occasion de l'étudier. Il s'agit ici d'une matière spéciale qui a amené, par la force des choses, dans l'intérêt de la protection du patrimoine des contribuables, l'autorité juridictionnelle à contrôler l'ensemble des faits servant de base à l'assiette de l'impôt et à substituer, *de la façon la plus large*, son appréciation *personnelle* à celle de l'agent administratif; et cela est vrai tout aussi bien du contrôle exercé par le juge administratif en matière d'impôts directs que du contrôle exercé par l'autorité judiciaire en matière de contributions indirectes. C'est aussi dans ce domaine particulier du droit fiscal que, par dérogation à ses traditions, la Cour de cassation consent à examiner les faits proprement dits.

Tout cela équivaut *pratiquement*, sinon en théorie, à éliminer le pouvoir discrétionnaire de l'agent administratif. « Le contentieux fiscal, dit M. Trotabas, dans son « article au Dalloz déjà cité en note, organise un véritable « *contrôle du contrôle* et les contribuables sont mal venus « à se plaindre des rigueurs et des excès des pouvoirs du « contrôleur, car ils ont tous, plus largement sans doute « que tout autre plaideur, la possibilité de soumettre ces « pouvoirs à un contrôle juridictionnel. Le développement « du contentieux fiscal est le moyen de défense et d'arrêt « contre les pouvoirs du fisc ».

Voilà les raisons pour lesquelles nous croyons pouvoir écarter l'examen du contrôle juridictionnel des décisions administratives en matière fiscale; il n'entre pas, à vrai

(1) Cf. L. TROTABAS, *Les pouvoirs du contrôleur des contributions directes*, Dall. hebdomadaire, 28, chron., p. 37 et s.; Joseph PATOUILLET, *Le contrôle des contributions directes; Les droits du contrôleur, Lois nouvelles*, 1928, 1<sup>re</sup> partie, p. 419 et s.



dire, en ligne de compte pour la justification du contrôle de la moralité administrative qui est un examen *spécifiquement* juridique sanctionnant les *limites* du *pouvoir discrétionnaire* de l'administration.

\*  
\*\*

Nous demandons au lecteur de ne pas nous faire grief de ce que, pour la commodité de l'exposé, nous avons cru devoir anticiper, de prime abord, sur certains résultats dont la démonstration pleine et entière ne se fera qu'au fur et à mesure de nos développements. Nous exprimons également l'espoir qu'on voudra bien nous passer certaines répétitions que nous n'avons pas cru pouvoir éviter au cours de notre étude.

Nous déclarons, dès maintenant, que nous nous abstenons de toute généralisation hâtive, pour nous limiter à un exposé de faits concrets poursuivi d'une façon aussi objective que possible (1). On nous excusera d'avance si, dans ces conditions, notre étude ne paraît pas répondre à certains espoirs que la seule lecture du titre pourrait faire naître dans certains esprits habitués à des systématisations rigides s'imposant avec une logique sans merci.

On nous reprochera peut-être certains flottements et quelques imprécisions dans la synthèse que nous faisons de la jurisprudence. Mais le droit, perpétuel devenir, n'est pas de la géométrie et « le flux de la vie juridique ne se laisse pas fixer en concepts et débiter en globules » (G. Renard, *La Valeur de la Loi*, p. 54). Ceci est déjà bien plus vrai en droit public, droit relativement jeune, où les thèses se heurtent avec une violence souvent déconcertante, qu'en droit privé, droit classique, dont les assises ont eu tout le temps de se consolider au cours des âges, encore

(1) C'est également le souci de l'objectivité de l'exposé qui nous a amené à multiplier les citations et à reproduire, notamment, le texte complet de certains arrêts au lieu de nous contenter de simples résumés.

qu'à l'heure actuelle les fissures se fassent de plus en plus nombreuses (1).

\*  
\*\*

Il est toujours très difficile de convaincre. Aussi notre étude, aux proportions modestes, ne saurait-elle guère changer les convictions de ceux qui, de prime abord, rejettent absolument les bases essentielles sur lesquelles nous édifions nos théories. On a répété assez souvent déjà que toute science, quelle qu'elle soit, est intimement liée à certains éléments plus ou moins importants tirés de l'idée de croyance. C'est ainsi que l'exposé de toute théorie suppose nécessairement certaines croyances corrélatives chez ceux-là mêmes dont il s'agit d'emporter la conviction. Pour notre part, et en dépit de certaines imperfections tenant, peut-être, à quelques lacunes involontaires dans nos développements ou à certaines affirmations et formules qui seraient de nature à traduire notre pensée d'une façon quelque peu incomplète, nous nous contenterions d'avoir persuadé ceux qui ne se refusent pas, par avance, à accepter certaines propositions qui fixent une fois pour toutes notre point de départ.

Remarquons, dans cet ordre d'idées, que, fermement attaché aux thèses traditionnelles de la *personnalité morale* et au principe d'*autorité* et de *puissance publique*, nous supposons admises certaines théories relatives, notamment, à la nature juridique de l'*institution administrative*, au caractère de la *décision exécutoire*, à la notion de *puissance* et à la distinction de l'*acte* et de l'*opération* administrative, telles qu'elles se trouvent exprimées dans l'œuvre magistrale de l'éminent doyen honoraire de la Faculté de droit de Toulouse. Pour un certain nombre de questions que nous n'avons fait qu'effleurer parce qu'elles n'intéressent que de très loin notre sujet, nous nous sommes d'ailleurs

(1) Comp. G. RENARD, *Le Droit de la profession pharmaceutique*, 1924, p. 202 note (3).

borné à renvoyer aux deux éditions les plus récentes, (10<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> éd.) du *Précis de Droit administratif* de M. Hauriou.

Au cours de l'exposé, nous avons également mentionné les ouvrages d'autres auteurs bien connus sur lesquels nous nous sommes basés et qui pourront faciliter la lecture de nos développements bien que les thèses soutenues dans ces ouvrages ne soient pas toujours conformes à celles que nous nous sommes proposé de défendre (1).

Qu'il nous soit permis, à cette occasion, d'exprimer l'espoir qu'un jour une lumière nouvelle jaillira des heurts des thèses contraires et qu'elles convergeront finalement vers un « réalisme » éclairé, répudiant aussi bien les conceptions périmées d'un *rationalisme* outré que les axiomes trop simplistes d'un *positivisme* agnostique qui ne saurait, par lui-même, donner satisfaction aux aspirations de la génération sortie de la plus terrible des épreuves. Mais le « réalisme » qui, selon un mot récent de M. Paul Haury, administrateur de l'Alliance Nationale pour l'accroissement de la population française, est déjà « une des tendances les plus marquées et les plus heureuses de la France nouvelle » (*Rev. de l'All. Nat.*, 1928, p. 326), ne sera vraiment libérateur que s'il porte en lui, nous tenons à insister sur ce point pour écarter toute fausse interprétation de notre pensée, le reflet des Lois éternelles découlant d'un Principe directeur de toutes les activités humaines et dont aucune science morale ne saurait se passer sans prononcer, par là même, son arrêt de mort, car « toute obligation « morale, dont l'obligation juridique n'est qu'une variété, « requiert un principe transcendant à la raison humaine » (G. Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 314). C'est le devoir de l'homme de ne pas laisser se perdre le reflet de

(1) Cf. not. G. JÈZE, *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français*, *Rev. dr. p.*, 1922, p. 377 et s., étude qui se trouve reproduite dans les *Principes généraux du Droit administratif* de l'auteur, t. III, 3<sup>e</sup> éd., 1926, *Le Fonctionnement des Services publics*, p. 211 et s.; Raphaël ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926.

la Divinité imprimé à sa nature humaine et de ne pas faire trop bon marché de ce « réalisme » des âmes d'élite qui « va jusqu'au bout des réalités » et qui « parti des plus « humbles réalités sensibles, aboutit aux plus transcen- « dantes et aux plus surnaturelles » révélatrices des puis- sances les plus élevées de l'esprit (1).

Os homini sublime dedit ; caelumque tueri  
Jussit et erectos ad sidera tollere vultus.

(OVIDE, *Métamorph.*, livre I, v. 85-86).

\*  
\* \*

Notons, enfin, que le contrôle juridictionnel de la *moralité administrative* tend à faire prendre à l'administration conscience d'elle-même, notamment en ce qu'il vise à la débarrasser de certaines influences politiques néfastes qui, dans le régime démocratique, troublent trop souvent son fonctionnement et la détournent de sa tâche, qui consiste à procéder à un règlement impartial, — *sine ira et studio*, selon le mot du Latin —, des questions intéressant l'ensemble du public.

On a beaucoup critiqué notre régime administratif, parfois avec raison, souvent bien à tort. Nous tenons à insister tout particulièrement sur le fait que ses détracteurs, d'occasion ou professionnels, ne se sont pas toujours rendu suffisamment compte que les vices de notre administration ne doivent pas tant être imputés à sa structure interne — qui, nous le concédons volontiers, mériterait d'être réformée sur bien des points — qu'à l'infiltration d'une politique malfaisante dans les rouages administratifs, infiltration qui ne peut être écarté que par le développement progressif de l'esprit public et une saine compréhension des devoirs de la démocratie moderne (2).

(1) Citations extraites de LOUIS BERTRAND, *Sainte Thérèse*, p. 59.

(2) Cf. G. RENARD, *La Valeur de la Loi*, conclusion: *Les conditions morales de la démocratie*.

S'il est vrai qu'on doit toujours tendre à la perfection, il est permis de douter qu'elle puisse être réalisée par une *décentralisation* poussée à l'extrême, telle que la préconisent certains esprits mal informés, parce que, si elle contient en elle-même un principe de vie permettant de mettre en valeur certaines vertus de la nation jusque-là inexploitées, elle renferme le danger d'une destruction plus ou moins complète de l'unité nationale par la prédominance d'intérêts qui n'ont rien de commun avec le bien *général* de la nation tout entière. Pour le règlement de toutes ces questions, il convient encore de se garder de généralisations hâtives et de reléguer dans le domaine de l'utopie les projets si trompeurs de réformateurs trop hardis qui, méconnaissant le caractère bienfaisant de la centralisation française, sujette à révision certes, mais qui, malgré tout, fait la force de la Nation, n'ont jamais réussi à présenter des plans de réorganisation viables. Il nous tient à cœur de proclamer bien haut qu'aujourd'hui plus que jamais, le mot d'ordre ne doit pas être *diviser*, dans l'intérêt particulier de quelques groupes locaux ou régionaux, mais *unir, dans la justice et dans le respect d'intérêts légitimes*, pour le plus grand bien de la patrie française. Sachons considérer les faits intéressant la chose publique de haut, sans nous laisser troubler par des idées qui procèdent peut-être d'intentions droites et sincères, mais qui, cependant, ne sauraient donner, du moins à elles seules, la clef du problème de l'aménagement parfait du régime administratif de la nation organisée en Etat (1).

\*  
\* \*

Il nous reste, en terminant, à nous acquitter d'un devoir de reconnaissance en mentionnant que nous devons un grand nombre d'idées développées dans la présente étude

(1) Cf. M. HAURIOU, Préface de la 10<sup>e</sup> éd. de son *Précis de Droit administratif: La centralisation française*.

aux suggestions contenues dans les ouvrages d'un ardent disciple de M. Hauriou, notre vénéré maître M. Georges Renard, professeur de droit public à la Faculté de droit de Nancy, qui, dans ses études les plus récentes (1), a traduit, selon une méthode d'argumentation pénétrante à laquelle il est difficile de résister, les aspirations d'une élite auxquelles les besoins nouveaux de la période d'après-guerre ont fait retrouver la voie d'une interprétation rationnelle du droit et dont la devise se résume dans la déclaration de M. Renard qui contient tout un programme :

« Le Droit n'est pas une philosophie de l'habileté, c'est une philosophie de l'honnêteté » (2).

Coblence, le 15 décembre 1928.

H. W.

(1) Cf. G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, 1924; *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1925; *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, 1927; *La Valeur de la Loi*, 1928.

(2) G. RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 237.

# LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL de la MORALITÉ ADMINISTRATIVE

---

## INTRODUCTION

---

### LA FONCTION ADMINISTRATIVE ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

La théorie du contrôle juridictionnel de la moralité administrative pose le délicat problème du contrôle, par le juge public, des motifs ou des buts déterminants de l'activité administrative. De ce fait, elle touche également, à certains égards, à la question de la distinction du fait et du droit.

Nous remarquons, dès à présent, qu'un pareil contrôle présente, avant tout, un caractère extralégal et disciplinaire, si l'on veut bien tenir compte du fait qu'il porte essentiellement sur la conduite de l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Or, si l'idée même de la *moralité administrative* n'est pas absolument repoussée par la doctrine en tant que règle de conduite à suivre par les agents publics, nous constatons que l'existence d'un contrôle contentieux de cette moralité ayant sa place bien marquée dans l'ensemble des divers cas d'application du contentieux administratif est loin d'être acceptée par la majorité des publicistes. Nous persistons, cependant, à croire qu'il existe un contrôle de la moralité qui ne se confond nullement avec celui de la légalité proprement dite.

Dans les lignes qui vont suivre, il conviendra d'apporter à ce sujet les justifications nécessaires et de préciser la signification exacte ainsi que l'importance réelle de ce contrôle.

Mais, comme celui-ci tend essentiellement à garantir le respect par l'administrateur des limites déterminées par la nature de la fonction administrative elle-même, il n'est pas inutile, avant d'aborder l'objet propre de notre étude, de rappeler brièvement, sans entrer dans le détail des controverses soulevées par les points que nous allons indiquer, quelques notions élémentaires relatives au caractère juridique de l'administration publique.

Dans un aperçu sommaire, nous attirerons donc l'attention sur la nature de la fonction administrative ainsi que sur le but de l'activité administrative.

Un premier paragraphe nous amènera à examiner rapidement les notions de fonction administrative et de puissance publique; nous nous occuperons, ensuite, dans un second paragraphe, des caractères généraux de l'acte administratif.

### § 1. — *Administration publique, puissance publique et fonction administrative*

I. L'administration. — II. Élément autoritaire de l'administration. — III. Pouvoir et fonction. — IV. Activité administrative et activité privée.

I. — On est loin d'être d'accord sur la réponse à donner à la question de savoir ce qui caractérise l'administration publique; il est, cependant, facile de constater que la fonction administrative consiste tout simplement à gérer l'affaire du public, à s'occuper d'une manière continue des intérêts du public. Etant donné, d'autre part, qu'*administrer* signifie, avant tout, *prévoir*, *l'administration a la charge de prévoir, par les procédés d'investigation qui lui sont propres, les besoins généraux du public et de pourvoir, sous l'égide de la loi, suprême garantie de la liberté, aux nécessités courantes du groupe social en vue du maintien de l'ordre et de la défense énergique de la paix publi-*



que. En d'autres termes, l'administration est l'entreprise, par un organe public, du bien général qui, dans l'intérêt du bon ordre, ne saurait être complètement abandonné aux sollicitudes individuelles.

Selon M. Hauriou, qui à travers toute son œuvre s'est constamment appliqué à mettre en pleine lumière les traits caractéristiques du régime administratif français et à préciser des notions qui, avant lui, étaient demeurées quelque peu obscures, « un Etat est sous le régime administratif « lorsque le gouvernement, ayant achevé la centralisation « politique de la nation, en tant qu'elle est nécessaire à la « conduite des affaires extérieures et à la paix publique, « aborde la centralisation des services qui peuvent être ren- « dus au public et assume l'entreprise de ces services dans « un but de police » (1).

Etant admis que l'un des objets principaux de l'activité administrative consiste dans le maintien de l'ordre, condition essentielle du développement continu et paisible du droit et de la justice, il y a lieu de rappeler que cette condition ne peut être pleinement réalisée que par une action persévérante et énergique, pénétrant les multiples détails des rapports sociaux et ramenant les tendances divergentes qui se manifestent au sein du groupe social à l'unité par la mise en œuvre d'un *pouvoir exorbitant* et *l'organisation puissante des services publics*.

Cela justifie amplement le caractère propre qu'en droit français il y a lieu de reconnaître à l'autorité administrative. Et c'est également dans des considérations de ce genre que nous trouverons les bases pour la fixation des limites juridiques posées à l'activité administrative et que nous pourrions découvrir le critérium qui, en dépit de certaines difficultés tenant à la confusion des fonctions, servira à départager la fonction administrative et les fonctions proprement *législative* et *gouvernementale*.

(1) M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 10<sup>e</sup> édit., p. 1. Cette définition générale, à laquelle nous nous rallions, ne se retrouve plus dans la dernière édition du *Précis*.

Remarquons, enfin, que, pour bien situer le problème, il faut absolument se garder de ne voir qu'un seul aspect des choses et de ne juger l'administration que d'après la nature intrinsèque et spécifiquement juridique des actes par lesquels se manifeste son activité, abstraction faite de toute considération des faits sur lesquels elle porte. Cela revient à dire qu'il importe de ne pas perdre de vue le côté pratique, autrement dit, l'aspect *technique* du problème; car, c'est avant tout par ce point de vue pratique que se justifient les moyens d'action spéciaux de l'administration qui lui permettent de vaincre toutes les difficultés pour atteindre le but de sa mission (1). Sans entrer dans des détails qui dépasseraient le cadre de notre étude, nous croyons donc pouvoir nous arrêter à la définition, basée sur la doctrine de M. Hauriou, d'après laquelle l'administration publique est l'entreprise, par une autorité publique, du bien public en vue

(1) Ce point de vue — qu'il n'y a pas lieu de développer ici et qu'on trouvera, d'ailleurs, largement exposé dans le *Précis* de M. Hauriou — a été critiqué notamment par une théorie qui, préoccupée avant tout de ramener l'ensemble des règles du droit public à des principes simples et absolus, refuse de tenir compte des nuances et des différences qu'il importe d'établir pour pénétrer l'âme des institutions régissant la vie du droit. Cette doctrine qui, pour ses définitions spécifiquement juridiques, écarte, de prime abord, les considérations d'ordre technique et de fait, bien que ramenant le droit à l'unité par le principe fondamental du règne absolu de la règle de droit objectif fondée sur le fait même de la solidarité sociale, établit ses distinctions d'après la nature intrinsèque des différentes catégories d'actes juridiques.

On devine que nous faisons allusion aux théories objectives défendues par M. DUGUIT. D'après l'éminent doyen de la Faculté de droit de Bordeaux, la fonction administrative serait essentiellement caractérisée par l'accomplissement d'*actes-condition* et d'*actes subjectifs*, c'est-à-dire de décisions individuelles, auxquelles il consent à ajouter les opérations administratives, tandis que les *actes-règle*, à savoir la loi et le règlement, devraient être exclusivement attribués à la fonction législative.

Si l'on ne peut dénier à cette manière de voir un certain intérêt juridique, puisque la véritable nature de l'activité administrative se révèle avec un éclat tout particulier dans les décisions spéciales et individuelles, elle est néanmoins incapable de nous renseigner sur le contenu propre des décisions administratives qui seul nous explique le pouvoir exorbitant appartenant à l'administration (V. Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édit., t. II, p. 228 et s.; 3<sup>e</sup> éd., t. II, p. 284 et s.; cf. M. HAURIOU, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> édit., p. 22, n. 1).

du maintien de l'ordre, condition essentielle du développement paisible des principes du droit et de la justice dans le cadre légal (1).

II. — Cette définition générale étant acquise, il convient de serrer de plus près le caractère de l'administration publique pour déterminer, notamment, le mode d'exercice de ses droits essentiels.

Dans cet ordre d'idées, il y a lieu de rappeler, au préalable, le principe évident en vertu duquel l'administration doit nécessairement jouir de tous les droits qui lui sont indispensables pour l'accomplissement normal de sa mission (2).

L'administration intervient dans la vie publique par la mise en œuvre de ses droits de *police générale* et *spéciale* et par l'organisation des *services publics*, créatrice de situations juridiques particulières autant que de valeurs économiques.

Mais, c'est par l'exercice exorbitant de ces droits, qui sortent du domaine du droit commun et des relations du commerce juridique ordinaire, que se manifeste le vrai carac-

(1) Nous pouvons reproduire, à cette place, la formule bien nette critiquée par M. DUCUIT et donnée par M. HAURIU pour caractériser la fonction administrative : « La fonction administrative, dit l'éminent « doyen (*op. cit.*, p. 21), a pour objet de gérer les affaires courantes du « public en ce qui concerne l'exécution des lois du droit public et la « satisfaction des intérêts généraux, le tout par des moyens de police « et par l'organisation de services publics, dans la limite des buts du « pouvoir politique qui a assumé l'entreprise de la gestion adminis- « trative ». Dans la dernière édition de son *Précis*, M. HAURIU émet une formule plus brève qui est la suivante : « La fonction administrative « consistera à faire les affaires courantes du public : 1° en ce qui con- « cerne la gestion des intérêts généraux; 2° en ce qui concerne l'admi- « nistration exécutive du droit » (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> édit., p. 15).

(2) Nous n'avons pas à faire ici la théorie des droits appartenant à l'administration, en ce qui concerne spécialement le point de vue de la jouissance de ces droits. Une pareille étude dépasserait, évidemment, de beaucoup le cadre restreint du sujet que nous avons à traiter parce qu'il nous entraînerait à un exposé général du droit administratif français. Pour toutes ces questions on consultera utilement M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> édit., livre III, p. 441 et s.

tère de l'administration. Il importe, en effet, de reconnaître à cette dernière la qualité de *pouvoir autonome*, déterminant lui-même son action en vue de la réalisation des buts administratifs. C'est là que nous rencontrons le pouvoir appelé *discrétionnaire* qui retiendra plus tard notre attention et dont l'étude constitue le préliminaire obligatoire de tout examen des règles de conduite qui s'imposent à l'activité administrative et qui ont été si remarquablement sanctionnées par l'autorité du juge chargé d'assurer la moralité des manifestations de la puissance publique.

Cette notion fondamentale de la *puissance publique* nous amène à remarquer que l'élément essentiel qui caractérise les droits appartenant à l'administration est constitué par le degré d'autorité qui apparaît nettement dans l'exercice de ses droits particuliers. Nous dirons même que l'élément de domination qui forme l'apanage naturel de toute autorité publique régissant le groupe social est, en France, particulièrement sensible dans l'administration publique qui, se trouvant en contact perpétuel avec les réalités sociales, doit donner l'impulsion indispensable aux multiples rouages de la vie publique en vue de la satisfaction ininterrompue des besoins généraux, la loi étant, à elle seule, incapable d'encadrer d'une façon suffisamment appropriée tous les faits qui sollicitent l'intervention autoritaire.

Cela revient à dire qu'il existe un véritable *pouvoir administratif* qui, loin de se confondre avec la fonction, en constitue, pour ainsi dire, le cadre autoritaire. Ce qui caractérise, ainsi, le régime administratif français, c'est la prérogative qui permet à l'administration de réaliser ses droits par des moyens qui lui sont propres et qui constituent une des expressions les plus remarquables de la puissance publique. Ce pouvoir se traduit par l'autodétermination de l'autorité administrative qui se concentre dans le pouvoir discrétionnaire et l'exécution d'office de la volonté administrative. « La puissance publique, dit M. Hauriou (*op. cit.*, 11 éd., « p. 8), est un pouvoir administratif chargé d'assurer le « maintien de l'ordre public et la gestion des services pu-

« blics dans la mesure des affaires courantes du public, le « tout également par une action d'office ».

Une des manifestations les plus intéressantes et les plus pures de cet élément de puissance se trouve dans la *décision exécutoire*, préalable indispensable de toute opération administrative, par laquelle l'administration affirme d'une façon *unilatérale* son droit de passer à l'exécution en dehors de toute intervention juridictionnelle. Voilà également pourquoy, en droit administratif français, le point de vue de l'*exercice* des droits a le pas sur celui de la *jouissance* de ces droits, à l'inverse de ce qui se produit en droit privé (1).

Ainsi, retenons bien que le régime administratif français est avant tout caractérisé par l'existence d'un pouvoir administratif doué d'autonomie et réalisant les droits subjectifs appartenant à l'administration par une *action d'office* et la mise en œuvre de la *puissance publique* entendue dans le sens de l'élément *autoritaire* inhérent à l'institution administrative dans le régime d'Etat (2). (Voir pour plus de détails M. Hauriou, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 7 et s.)

(1) La prépondérance du point de vue de l'*exercice* des droits administratifs est, d'ailleurs, bien indiquée par la place qu'occupe dans certains manuels de droit administratif la discussion sur l'exercice de ces droits (cf. HAURIOU, *op. cit.*).

(2) On sait que le point de vue qui admet le droit subjectif de commandement appartenant en propre à l'administration ainsi, du reste, qu'à toute autorité publique, est violemment critiqué par M. DUGUIT qui, en dépit de certaines protestations de sa part, nie catégoriquement le principe d'autorité. Le point de vue auquel se place le doyen de la Faculté de droit de Bordeaux dérive du postulat — qu'il affirme une fois pour toutes et auquel il ne peut évidemment admettre aucune dérogation — que seule la théorie du règne *absolu* de la *règle de droit objectif* doit déterminer la solution de tous les problèmes juridiques. Il en résulte qu'*a priori* et considérés en eux-mêmes, les prétendus commandements de l'autorité publique ne peuvent avoir que la valeur de manifestations de fait émanant non pas d'une autorité ayant une existence juridique propre, mais de gouvernants de *fait* dont les actes n'auront de vertu juridique que par leur conformité absolue à la règle de droit objectif, commune et unique mesure de tous les actes juridiques (Cf. Léon DUGUIT, *op. cit.*, t. II).

Il ne nous appartient pas de faire, dans cette étude spéciale, la critique de cette doctrine; des auteurs autorisés se sont déjà chargés de

III. — Mais si le caractère autoritaire de l'administration dérive d'un principe qu'à notre avis il est impossible de discuter, le pouvoir administratif ne saurait se réaliser qu'en vue de la mise en œuvre des buts administratifs. L'administration ne saurait, en définitive, être maître de la direction à donner à ses droits, et c'est ce trait qui nous révèle le caractère institutionnel inhérent aux pouvoirs établis dans la cité moderne.

Bien que le caractère autoritaire appartenant à l'administration réagisse sur la nature du contenu des actes administratifs et les fasse même bénéficier provisoirement d'une présomption de conformité à la règle de droit supérieur, écartant ainsi le danger d'une discussion téméraire préalable à l'exécution de la décision exécutoire, le contenu reste toujours sujet à discussion s'il ne répond pas à certains postulats généraux du droit. Car il y a lieu de remarquer que les droits administratifs sont de nature *fonctionnelle*, qu'en tant que pouvoirs ils restent toujours dominés par l'idée de *buts précis* à atteindre. C'est cette idée qui se trouve à la base du principe de la bonne administration ou de la moralité administrative.

Si la détermination, par l'autorité administrative, du contenu de sa décision pris en lui-même, abstraction faite de toute considération de but, est plus ou moins libre selon que l'administrateur se trouve en présence d'une situation

répondre à ces arguments (V. not. M. HAURIU, *Principes de Droit Public*, 2<sup>e</sup> édit., p. 799 et s.; Fr. GÉNY, *Science et Technique en Droit privé positif*, t. IV, p. 159 et s.). Tout en reconnaissant que la théorie que nous combattons à la suite de M. HAURIU et de beaucoup d'autres auteurs et qui a la prétention de faire table rase de conceptions ayant fait leurs preuves constitue certainement un frein efficace à l'arbitraire des gouvernants et que, notamment, elle a puissamment contribué à faire ressortir l'idée du caractère institutionnel de l'administration avec toutes les conséquences qui s'y rattachent, on ne saurait se dissimuler que la négation absolue du principe autonome d'autorité, fondé sur la raison éclairée par la conscience et sur des traditions séculaires ne peut, en dépit de son aspect séduisant, que jeter le trouble dans le développement d'une saine interprétation du droit, alors surtout qu'il sera toujours impossible, quoi qu'on en dise, de se passer de considérations tirées des principes de la philosophie traditionnelle.

de fait dont les éléments ne peuvent être clairement aperçus que par l'administration elle-même ou de données précises à caractère normal pouvant être régies par des règles permanentes et nettement fixées à l'avance, le but même de l'activité administrative ne doit jamais dépasser certaines limites imposées à l'exercice des droits de la puissance publique. L'administration manquerait gravement à ses devoirs les plus élémentaires si, dans l'exercice des pouvoirs exorbitants qui lui sont reconnus, elle n'avait pas toujours pleinement conscience de ce qu'elle ne doit pas tant agir pour le développement de sa puissance, qu'en vue de certains buts concrets déterminés par la nécessité du maintien du bon ordre et de la marche régulière et continue des services publics.

La notion de *pouvoir* implique, d'ailleurs, déjà l'idée d'une fonction précise à accomplir. *Le pouvoir n'est justifié que par la fonction qu'il est destiné à mettre en œuvre.* La fonction administrative consiste à organiser les services publics et à les gérer, le tout par des moyens spécifiquement administratifs et dans un but de police entendue au sens large de ce mot. C'est la subordination du pouvoir administratif à cette fonction qui se traduit dans l'idée de l'*institution*. « L'existence de l'institution administrative, » disait M. Hauriou dans la dixième édition de son *Précis* « (p. 14), ne manque pas... de peser sur le pouvoir administratif pour lui imposer l'observation de règles fondamentales tirées de l'idée de la fonction, c'est-à-dire de la « bonne administration publique ». Le principe de l'institution est l'idée qui domine l'exercice des droits administratifs. Il est le droit naturel de l'administration publique. Il fonde l'obligation pour celle-ci de réaliser ses pouvoirs en vue du bien public et de l'intérêt du service. C'est précisément cette idée que tend à sanctionner le recours pour excès de pouvoir et, surtout, l'ouverture du détournement de pouvoir qui — nous le constatons dès à présent — constitue bien l'application type et la plus haute expression de

ce que nous appelons le contrôle juridictionnel de la moralité administrative (1).

Remarquons que la nature fonctionnelle de l'activité administrative peut, tout d'abord, être rattachée à l'idée bien connue de la *spécialité* des personnes morales en tant que celles-ci doivent rester fidèles à leurs statuts. En effet, l'idée d'un but spécial à atteindre se trouve à la base de toute institution corporative et trace à celle-ci des limites plus ou moins larges que les organes de la personne morale ne sauraient franchir sans répudier, en même temps, le principe même de sa raison d'être et provoquer, de ce fait, un déséquilibre des intérêts en présence. Ceux-ci ne peuvent être efficacement protégés par le droit que par la réalisation d'un ordre absolu.

« Il n'y a, dit M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Mau-*  
 « *gras* du 16 novembre 1900 (S. 01.3.57), aucune diffi-  
 « culté à reconnaître que l'exécution des services publics  
 « est l'accomplissement d'une fonction administrative et  
 « que cette fonction est dominée par des buts. Dans la  
 « vie sociale, toute institution a son but, c'est une des  
 « conditions de l'ordre. Aucune organisation collective,  
 « aucune société, aucune association, aucun établissement  
 « ne se fonde sans un but déterminé, et même, d'une façon  
 « ou de l'autre, la législation l'oblige à faire connaître ce  
 « but. Les institutions dont les buts restent secrets sont  
 « illicites. Non seulement une institution qui se fonde doit  
 « annoncer son but, mais, dans son fonctionnement quoti-  
 « dien, elle y doit rester fidèle, sinon l'ordre qui s'est établi  
 « spontanément sur la foi des promesses va se trouver trou-  
 « blé (de là, le principe administratif de la spécialité pour  
 « les établissements publics). Cela tient à ce que la vie  
 « sociale est essentiellement convergente; l'ordre public,  
 « d'ailleurs très mobile et très souple, y est obtenu  
 « par le concours d'une quantité prodigieuse d'activités  
 « individuelles ou collectives, auxquelles de larges ini-

(1) Comp. G. RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, 2<sup>e</sup> App.: *Qu'est-ce que l'autorité?*



« tiatives sont laissées, mais qui, cependant, devant  
 « finalement converger, sont enfermées dans certains  
 « cercles au delà desquels commencent les actes anti-  
 « sociaux : le cercle du droit pénal pour les individus,  
 « celui des statuts pour les institutions collectives qui ont  
 « annoncé leurs buts. L'institution administrative n'est pas  
 « et ne doit pas être traitée autrement que les autres à cet  
 « égard; à mesure qu'elle se crée, elle annonce des buts,  
 « elle a d'ailleurs ses statuts dans les lois et règlements par  
 « lesquels elle constitue des services. Elle a donc sa place  
 « marquée dans le concert social, elle ne doit pas en sortir  
 « sous peine de troubler cet ordre public dont elle est préci-  
 « sément la gardienne » (1). Et cette spécialité administra-  
 tive s'apprécie strictement, car elle n'oblige pas seulement  
 l'administration à se mouvoir toujours à l'intérieur des li-  
 mites du statut légal et à agir en toute circonstance dans un  
 intérêt public (2), mais encore et surtout à se laisser guider  
 dans ses actes par des buts spéciaux bien déterminés  
 dont la violation constituerait la négation même d'une des  
 bases essentielles sur lesquelles repose la vertu juridique de  
 la fonction administrative.

IV. — Le postulat que nous venons d'indiquer marque nettement la différence qui existe entre l'activité adminis-

(1) Voilà pourquoi l'administration publique se reconnaît surtout au *but* auquel elle tend. Aussi une institution ne saurait-elle bénéficier du caractère d'organisme administratif lorsque, tout en étant placée sous le contrôle direct de l'autorité supérieure, elle tend à la réalisation de buts autres que les fins spéciales caractérisant l'administration. Ce principe souffre exception en ce qui concerne les associations syndicales autorisées qui, bien que poursuivant des buts absolument intéressés, ont été formellement incorporées à l'organisation administrative (cf. sur ce point M. HAURIOU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> édit., p. 819 et s. avec références).

(2) C'est là la vraie signification de la théorie de la spécialité, au sens étroit de ce mot, appliquée à l'administration publique. La théorie de la *spécialité des fonctions*, qui ne se rattache déjà plus aussi étroitement à la théorie de la personnalité morale, comporte des exigences bien plus sévères. C'est elle, d'ailleurs, qui a donné lieu aux applications les plus intéressantes de la théorie du *détournement de pouvoir* (sur la théorie de la spécialité cf. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, 1909, t. II, chap. VIII, p. 142 et s.).

trative envisagée sous le rapport de la puissance publique et l'activité privée.

En principe, une personne privée, dans l'exercice de ses droits subjectifs, agit pour elle-même, c'est-à-dire pour la satisfaction de ses besoins propres, qu'elle apprécie en toute liberté. Bien plus, son activité est souvent déterminée par une volonté nettement capricieuse, poursuivant des fins dont la portée exacte échappe, dans la plupart des cas, à toute investigation. Et si les droits subjectifs privés ont bien un fondement moral, qu'il serait téméraire de nier, ils ne sont cependant pas toujours dominés par l'idée d'une fin sociale *précise* à atteindre. On peut dire que très souvent, dans l'état actuel de notre droit, et *réserve faite de considérations tirées de la nécessité de la sauvegarde de l'ordre public et des bonnes mœurs*, il est indifférent que le motif qui fait agir une personne soit capricieux ou non, pourvu que, dans la poursuite de ses intérêts, l'intéressé se soit conformé, quant à l'objet même de son activité, aux prescriptions portées par le droit positif (1).

En droit administratif, au contraire, nous recontrons à chaque pas et à la base de *chaque* droit exercé par l'autorité l'idée du bien public ainsi que celle de buts spéciaux assignés à chacune des manifestations de la volonté de l'administra-

(1) Nous n'ignorons pas que les mobiles des actes juridiques privés ne restent pas indifférents au droit. M. JOSSEMAND, dans son bel ouvrage intitulé *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé* (Dalloz, 1928), l'a bien démontré, encore que l'auteur semble confondre assez souvent les *mobiles* qui déterminent l'action d'une personne et l'*objet* même de la volonté qui en est cependant bien indépendant. Mais les mobiles qui sont pris en considération par le juge civil constituent déjà des manquements assez graves à la moralité élémentaire, ils s'incorporent à l'acte dans une mesure plus ou moins prononcée; il ne faut pas se faire illusion: le fait que, dans beaucoup de cas, le juge judiciaire refuse toute sanction à l'acte juridique vicié par des mobiles irréguliers n'infirme pas l'affirmation que nous émettons au texte, où nous visons, d'ailleurs, non pas tant les *actes juridiques* que l'*exercice* de leurs droits subjectifs par les particuliers et notamment l'exercice du droit de propriété. Le principe reste: le juge ne peut jamais pénétrer *tous* les replis de la conscience des individus pour leur faire rendre compte de mobiles dont ils n'ont à répondre que devant les Lois éternelles d'une Justice transcendante.

teur. Car l'exercice des prérogatives appartenant à l'administration et pratiquées par elle en vertu de son droit fondamental de police est contenu dans des limites fixes découlant de sa nature institutionnelle.

En définitive, il faut dire qu'en droit public on se trouve essentiellement dans le domaine des rapports de droit objectif ou *statutaires* alors que le droit privé est le terrain classique du droit subjectif.

Remarquons bien, à ce sujet, que cela n'implique pas que les divers aspects concrets des droits subjectifs du commerce juridique de la vie privée, réalisés par la volonté plus ou moins autonome, ne soient en rien déterminés par le droit positif tandis que l'ensemble des droits administratifs, étant de nature fonctionnelle, doivent nécessairement être réglementés dans leurs multiples détails par l'autorité à ce qualifiée; — qu'en droit privé on se trouve dans le domaine de la liberté, tandis qu'en droit public la compétence liée est la règle; — mais bien plutôt qu'indépendamment de toute prescription ou principe formel, les motifs déterminants de l'activité privée, rarement bien définis, restent souvent indifférents au droit positif, tandis que l'autorité administrative, pour ce qui regarde le contenu du droit de commandement, doit tendre en chacune de ses manifestations à des fins déterminées par la mission propre de l'institution (1).

Ce que nous venons de dire de l'élément final de l'activité administrative ne doit cependant pas nous faire oublier que l'administration possède la faculté de se déterminer elle-même, véritable pouvoir juridique dont la vertu propre est fondée, en première ligne, non pas seulement sur des fins précises à atteindre qui n'intéressent, en premier lieu, que le contenu de l'activité administrative, mais sur l'existence même du groupe social dont la vie ne peut se développer que sous la direction puissante et libre d'un pouvoir autoritaire. C'est en ce sens qu'on pourra dire que les droits de

(1) C'est la nuance qui, à notre avis, n'a pas été suffisamment aperçue par le juge judiciaire lorsque, se retranchant derrière la règle légale, il a refusé de tenir compte du détournement de pouvoir.

l'autorité administrative comprennent un élément dont le principe juridique demeure en quelque mesure étranger, sinon au devoir *général* auquel tend dans son ensemble l'institution administrative, du moins aux divers aspects *particuliers* entre lesquels ce devoir est fragmenté en vue de la répartition des compétences au sein de l'institution administrative ; cet élément autoritaire ne s'effacera pour faire prédominer le point de vue du but que lors de la mise en œuvre pratique des diverses prérogatives de la puissance publique.

Cette considération quelque peu théorique mise à part, il reste que la différence essentielle entre l'activité privée et l'activité publique résidera dans le fait que l'exercice des droits de l'administration sera *entièrement dominé* par l'élément final, qui, dans certains cas, peut devenir embarrassant pour l'établissement de constructions juridiques nettes et définitives, tandis que l'activité privée, plus dégagée d'un système sévère de buts *précis* à atteindre, devra, en ce qui concerne l'exercice des droits subjectifs, être appréciée surtout du point de vue de la liberté individuelle, relativement simple et se prêtant plus facilement à la création de concepts stables et permanents.

## § 2. — *Le caractère particulier et les éléments propres de l'acte administratif*

I. Les actes administratifs. — II. Finalité de l'acte administratif. — III. Légalité de l'acte administratif. — IV. Opportunité de l'acte administratif. — V. Résumé.

I. — Les constatations générales que nous venons de faire sur la nature de l'administration publique et notamment de la fonction administrative nous indiquent déjà le caractère juridique des diverses manifestations de l'activité administrative qui se traduisent en actes administratifs proprement dits et en opérations administratives. Car la théorie de l'acte juridique public et de l'opération administrative,

dont nous n'avons, d'ailleurs, à apprécier ici que les éléments pouvant intéresser notre sujet, se rattache, bien entendu, étroitement à l'ensemble des principes servant de base à la définition de la nature juridique de la fonction administrative.

Sans nous arrêter à la différence qui sépare nécessairement l'acte administratif *proprement* dit, manifestation pure de la volonté de l'administrateur par le moyen de la procédure de la décision exécutoire produisant, *de plano*, certains effets de droit, de l'*opération* administrative, mise en œuvre à caractère *technique* de la volonté administrative et exécution *pratique* des services publics, nous reconnaitrons comme élément essentiel de l'acte public administratif le *but précis* déterminant la volonté de l'agent administratif.

En effet, c'est le *but* poursuivi par l'auteur d'un acte qui donne à cet acte sa valeur sociale.

Nous estimons inutile d'insister ici sur des définitions générales que nous supposons acquises. Nous savons que l'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des modifications dans l'ordonnement juridique tel qu'il existait avant son accomplissement. Cette manifestation de volonté doit évidemment porter sur un *objet certain* et *licite* et tendre vers un *but* plus ou moins apparent. Il est à remarquer ici qu'en dernière analyse elle n'a de valeur que par sa conformité aux règles supérieures du Droit et aux principes de la Justice. C'est pour cela qu'on a pu proposer la définition suivante de l'acte juridique qui répondrait mieux aux exigences de l'idée fondamentale du Droit, encore qu'il faille se garder d'en exagérer les conséquences pratiques: « L'acte juridique, dit M. Renard, est « toute manifestation de volonté qui, par son adaptation à « l'Ordre, est apte à produire, dans l'agencement des rap- « ports sociaux, les modifications recherchées par son au- « teur » (1). « L'acte juridique est la conjugaison d'une opé-

(1) G. RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Sirey 1927, p. 153.

« ration de l'*intelligence* et d'une opération de la *volonté* », étant bien entendu que « de ces deux opérations, la plus « importante, c'est la première ». Et c'est d'après celle-ci que devrait être appréciée la valeur de l'acte (1).

Or, si la théorie de l'acte juridique est une, si, au sens abstrait, il n'y a pas de différence fondamentale à établir entre l'acte juridique public et l'acte juridique privé, il convient, cependant, d'observer que l'acte juridique administratif, en tant qu'il se réalise par la décision exécutoire, se différencie au point de vue de ces conséquences pratiques de l'acte juridique privé, différence tenant, d'abord, à la qualité de leurs auteurs, et ensuite, à la nature des fins poursuivies par l'activité administrative, d'une part, et l'activité privée, d'autre part.

Ainsi, du côté de l'administration, et en dépit de l'affirmation de M. Duguit tendant à démontrer que l'acte administratif « ne sera point revêtu d'un caractère propre parce « qu'il émane des gouvernants et de leurs agents », la manifestation de volonté de l'agent public exerçant ses fonctions, qui présente le caractère d'une affirmation de la puissance publique, s'imposera, comme telle, d'office, indépendamment de toute considération préalable du contenu et du but, réserve faite, bien entendu, des actes nettement et apparemment arbitraires qui, de prime abord, doivent être considérés comme sortant absolument du cadre administratif.

De l'autre côté, la manifestation de volonté qui émane d'une personne du droit privé se traduira par un acte juridique privé qui ne bénéficiera pas *ipso facto* d'une vertu juridique devant s'imposer d'office. Ce sont là des manifestations de volonté demeurant évidemment étrangères au caractère de la décision exécutoire, toujours sujettes à critique et qui doivent, en principe, avant toute exécution par voie de contrainte, se prêter à un examen portant sur leur

(1) G. RENARD, *La Valeur de la Loi*, Sirey 1928, p. 86. V. la théorie de l'acte juridique dans DUGUIT, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 211, chap. III, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 316 et s.

contenu et, *dans une certaine mesure*, également sur le but auquel elles tendent.

De plus, les fins poursuivies par l'activité administrative étant, comme nous l'avons vu, tout autres que celles poursuivies par l'activité privée, l'acte administratif, ne doit tendre, dans ses effets, qu'au développement du bien public par la poursuite des buts administratifs spéciaux déterminés par les exigences du maintien de l'ordre et de la marche régulière et ininterrompue des services publics, alors que l'acte juridique privé, qui présente dans la plupart des cas un fondement plus ou moins égoïste, ne tend généralement qu'aux fins encore mal définies qui sont à la base du bien-être individuel, laissant — nous croyons utile de le rappeler — très souvent libre jeu aux multiples caprices de l'homme. Et c'est également de cette différence des buts assignés aux deux catégories d'activités qu'il résulte, d'une part, que l'acte administratif doit bénéficier, en principe, du privilège de la réalisation d'office, corrélatrice aux fins spéciales de la mission administrative, d'autre part, que les effets de l'acte privé, dont le rôle n'est pas de contribuer, en principe, à la satisfaction directe de besoins généraux, pourront toujours et immédiatement être suspendus par toute prétention contraire de celui qui doit les subir (1).

(1) La logique de son système devait amener M. Duguit à nier toute différence réelle entre l'acte juridique public et l'acte juridique privé. Il ne pouvait donc admettre le point de vue pratique exposé au texte. Ecartant le principe d'autorité et le critérium du but technique pour la définition de l'acte administratif, il n'attribue à la définition proposée au texte qu'un caractère purement formel. M. Duguit soutient que « la « théorie générale de l'acte juridique (telle qu'elle a été développée par « lui au tome I<sup>er</sup> de son *Traité de Droit constitutionnel*) s'applique telle « quelle à l'acte juridique public ». « En effet, dit-il, l'acte juridique a un « certain caractère qu'il conserve quelle que soit la volonté humaine de « laquelle il émane, que ce soit celle d'un simple particulier ou celle « d'un agent public. Extérieurement, l'acte juridique public peut appa- « raitre avec des caractères différents de ceux que présente l'acte juridi- « que privé; mais au fond l'identité est parfaite. La chose est évidente, si « l'on admet... qu'en réalité il n'y a pas de *puissance publique*, que la « volonté d'un agent étant une volonté humaine, n'a pas plus de force « que la volonté d'un simple particulier... Je vais plus loin: je prétends

L'acte administratif, dans le sens le plus élevé de ce terme, se présente sous la forme de la *décision exécutoire* par laquelle l'administration affirme sa volonté avant de passer à l'exécution et dans laquelle se révèle la nature propre du pouvoir administratif. C'est dans la décision exécutoire que s'expriment, en effet, les directives suivies par l'autorité administrative et que se retrouvent essentiellement les idées de la puissance publique et de l'institution. Elle donne naturellement prise au contentieux objectif et, notamment, au contrôle juridictionnel de la bonne administration, parce que c'est en elle que prennent corps les prétentions de droit de l'administration publique. Nous pouvons nous borner ici à ces quelques remarques en renvoyant pour plus de détails au *Précis* de M. Hauriou (11<sup>e</sup> éd., p. 360 et s.).

II. — Lorsqu'on s'applique à dégager les éléments de l'acte administratif, on constate, comme nous l'avons déjà

« que même en admettant le postulat de la puissance publique, on ne  
 « peut établir une différence entre l'acte juridique public et l'acte juridi-  
 « que privé. En effet, ... à mon sens, c'est un point fondamental, que la  
 « volonté du déclarant n'est jamais la cause créatrice de l'effet de droit,  
 « que la déclaration de volonté est seulement la *condition* à laquelle  
 « est subordonnée la naissance de l'effet de droit déterminé par la règle  
 « de droit. S'il en est ainsi, la personnalité qui a fait l'acte est sans  
 « importance, et les éléments de l'acte juridique précédemment analysés  
 « se retrouvent tels quels dans tout acte juridique, public ou privé »  
 (L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, p. 279 et s.; 3<sup>e</sup> éd., p. 365 et s.).

Du point de vue où nous nous plaçons, nous ne pouvons accepter cette doctrine sans de très sérieuses réserves, S'il est bien vrai que la volonté du déclarant, *prise en elle-même*, ne crée pas le droit, que celui-ci n'est que l'expression de principes supérieurs à toutes les volontés, si, de ce point de vue, il n'y a pas deux théories de l'acte juridique, il ne faut pas oublier que la volonté administrative revêt un caractère autoritaire et que la puissance publique est bien un principe juridique. Etant donné que l'esprit général du droit public ne correspond pas exactement à l'esprit du droit privé, il faut bien que nous retrouvions des répercussions de cette différence dans la théorie de l'acte juridique public. La doctrine de M. DUGUIT, qui aboutit à dépouiller le droit de tout élément technique, ne pourra jamais nous rendre compte de l'aspect concret de l'acte administratif, manifestation de volonté autoritaire à caractère technique, entièrement dominée par le postulat de la satisfaction ininterrompue des besoins généraux.



indiqué plus haut, que c'est le *but* déterminé par l'esprit de la fonction exercée dans chaque cas qui, à côté de l'*objet*, est l'élément le plus important de cet acte. La prépondérance de cet élément est si marquée que l'on doit admettre que lorsque l'administration se borne purement et simplement à poursuivre la réalisation de ses buts propres dans les formes voulues et par les procédures administratives régulières, son action s'impose dans certaines circonstances — exceptionnelles il est vrai — *en dehors de toute considération de légalité* de la décision prise par l'agent administratif. D'autre part, l'importance de l'élément final dans l'acte administratif est spécialement caractérisée par le fait que si l'administration doit avoir, en principe, le choix de ses moyens d'action, il ne saurait lui appartenir de choisir librement les fins qu'elle doit poursuivre. Et c'est pour cela que la valeur juridique de l'acte administratif se mesurera très souvent au *but* poursuivi par l'auteur de l'acte.

Or, l'appréciation portant sur le but poursuivi par une volonté libre, capable de distinguer entre le bien et le mal, présente avant tout le caractère d'un jugement de *moralité*. Sous ce rapport, déjà, l'examen juridictionnel du but poursuivi par l'acte administratif apparaîtra donc comme un contrôle de la moralité administrative auquel il conviendra d'attribuer un rang prépondérant parmi les différentes branches du contentieux administratif objectif. Il nous appartiendra, par la suite, de préciser le problème et d'apporter à ce sujet les justifications nécessaires.

Mais le point de vue que nous adoptons ne peut évidemment être défendu que si l'on admet qu'en principe l'administration est libre de ses initiatives, le critérium de la moralité ne pouvant être appliqué qu'à des actes émanant d'une volonté capable de se déterminer librement. La doctrine qui dénie à l'autorité administrative toute vertu juridique propre et qui ne veut voir dans les actes des agents publics que des manifestations de fait demeurant par elles-mêmes totalement étrangères au droit, ne peut évidemment distinguer, du seul point de vue juridique, entre les actes

« moraux » et « immoraux » de l'administration, cette distinction supposant nécessairement l'existence d'un droit propre appartenant à l'administration.

III. — D'autre part, la plupart des auteurs, négligeant le droit disciplinaire propre à l'institution administrative, se sont toujours efforcés d'insister tout particulièrement et presque exclusivement sur l'élément *légal* de l'activité administrative, quoiqu'à notre avis, les considérations de légalité dussent, dans un grand nombre de cas, céder le pas à des considérations de moralité, qui en présence du développement continu de l'ingérence administrative prend une importance sans cesse grandissante.

Il n'est, certes, pas contestable que la réalisation du bien public par l'action administrative doive s'opérer dans le cadre fixé par la *loi*, suprême garantie de la liberté; et il est évident que la fin à elle seule ne peut jamais justifier l'emploi de n'importe quel moyen, licite ou illicite. Mais si l'élément légal a sa place bien marquée dans l'ensemble des éléments de l'acte administratif, nous croyons qu'il n'est pas toujours possible ni même souhaitable d'y ramener l'élément de moralité considéré comme réalisant l'idée se trouvant à la base de l'institution administrative. Cette réserve faite, il va de soi que, pour être régulier, l'acte administratif ne doit pas aller à l'encontre des règles établies par le droit positif et que, par son objet, il devra, en principe, toujours être conforme aux prescriptions portées par les lois et règlements.

En effet, il ne faut pas oublier que le régime de légalité est une des conquêtes de notre civilisation moderne. Et ce principe est d'une application très large, car il signifie non seulement que tous les actes de l'administration doivent être conformes aux règles portées par le législateur, c'est-à-dire à la loi proprement dite, mais encore aux règlements faits par l'administration elle-même, bien que ce dernier progrès n'ait été réalisé qu'après une période de tâtonnements où les atteintes portées par l'administration, dans ses

décisions particulières, aux règles qu'elle avait elle-même établies, n'étaient encore considérées que comme des atteintes à la loi de but sanctionnée par le recours pour détournement de pouvoir.

Il n'est nullement besoin d'insister ici spécialement sur les raisons qui exigent la subordination de l'administration à la loi écrite. Sous le régime de l'*Etat de droit*, la règle légale et le règlement fixent les directions à suivre et suppriment le danger d'arbitraire auquel seraient exposés les administrés s'ils étaient obligés de subir les actes d'une autorité agissant en pleine indépendance. La loi constitue donc une garantie précieuse tant contre la tyrannie que contre l'incurie administratives. Nos développements ultérieurs feront apparaître l'importance qu'il convient d'attribuer à l'élément légal pour l'appréciation de la régularité d'une acte administratif.

IV. — Enfin, si l'acte administratif doit être conforme à la loi ainsi qu'aux exigences spéciales de l'institution administratives, il doit aussi être *opportun*. L'opportunité est, en effet, un troisième élément de l'acte, plus souple et plus effacé que ceux que nous venons d'indiquer. C'est que la bonne administration ne peut atteindre une certaine perfection que si l'intervention administrative saisit les phénomènes de la vie sociale au moment propice et avec une vue éclairée de toutes les exigences de la situation. L'opportunité de l'acte dépendra donc généralement de l'adresse et de l'habileté de l'administrateur.

Remarquons que si l'acte ne s'adapte pas exactement aux circonstances, s'il y a défaut d'équilibre entre les faits sur lesquels doit porter l'intervention administrative et le contenu de l'acte administratif, celui-ci pourra, en un certain sens, être considéré comme contraire aux intérêts d'une bonne administration, bien que, dans l'état actuel de notre droit, il n'existe aucune sanction juridictionnelle de l'opportunité des actes administratifs.

Or, des difficultés peuvent se présenter: il sera souvent

nécessaire de distinguer nettement, par un examen objectif de tous les éléments de l'acte, les cas où celui-ci sera contraire aux principes de la *moralité* de ceux où l'acte est simplement *inopportun*. En fait, des confusions se sont souvent produites et ont donné lieu à des discussions assez embrouillées. Cela tient à ce que l'administrateur, lorsqu'il poursuit un but irrégulier, dissimule fréquemment ses intentions réelles et que souvent le défaut de moralité de l'acte ne pourra, par conséquent, être déduit que du défaut apparent d'équilibre entre les faits et la décision administrative. Aussi, peut-il arriver, dans certains cas, qu'un acte soit critiqué comme poursuivant un but étranger à la bonne administration alors que l'auteur de l'acte n'a peut-être commis qu'une maladresse, soit dans l'appréciation des faits sur lesquels porte sa décision, soit dans la décision elle-même. C'est en partant de cette constatation qu'à plusieurs reprises on a cru pouvoir parler improprement d'un contrôle juridictionnel de l'opportunité des actes administratifs, qui n'existe pas dans notre droit. Nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur cette question.

V. — Avant de clore nos remarques préliminaires, il peut paraître utile de résumer ce qui vient d'être dit de la conduite de l'administration en ce qui concerne la poursuite de ses fins propres.

Nous rappelons que, lorsqu'on veut caractériser l'activité administrative et en donner une définition suffisamment complète, on ne peut se borner à affirmer avec M. Duguit que le propre de cette activité est de se réaliser par des *actes-condition* ou des *actes subjectifs* qui doivent être conformes à la *règle de droit objectif* et qui en tirent, par ailleurs, toute leur vertu juridique. Bien que ce point de vue contienne une part de vérité, il est nettement insuffisant parce qu'il ne rend pas compte de la nature particulière de la fonction administrative.

Il importe de poser en principe que l'autorité administrative est avant tout caractérisée par des fins précises à

atteindre, à la fois juridiques et techniques, qui se concentrent dans la poursuite des buts généraux et spéciaux consistant, d'une part, dans le maintien du *bon ordre* et de la *tranquillité publique*, et, d'autre part, dans la réalisation des divers *services publics* qui concourent au développement du *bien général*.

Si dans l'accomplissement de sa mission l'administration est dans une large mesure indépendante de la loi, cependant son activité doit se mouvoir dans le *cadre légal*, et c'est dans la loi que l'acte juridique administratif trouve son premier élément de stabilité. Mais à mesure qu'on avance dans le domaine administratif, on voit l'acte administratif se séparer plus ou moins de la règle légale et tendre à des *fins spéciales* pour la détermination desquelles il ne serait d'aucun secours de se rapporter au texte légal. Au surplus, l'administration apprécie, en principe, en toute indépendance les *motifs* de son intervention; elle est juge souveraine de l'*opportunité* de ses décisions. On peut même soutenir que c'est essentiellement dans le domaine des décisions *individuelles* pénétrant les multiples détails de la vie publique que se retrouve le caractère particulier de la puissance dont est investie l'autorité administrative. C'est à ce point précis que nous découvrons le pouvoir appelé communément le *pouvoir discrétionnaire*. Et ce n'est, d'ailleurs, qu'en partant du fait de l'existence de ce pouvoir, exercé à l'intérieur des limites tracées par les règles de fond et de but, que nous pouvons saisir toute l'importance de la loi administrative et pénétrer, à la lumière des décisions jurisprudentielles, les rapports existant entre les divers éléments d'une bonne administration, basée sur les principes de *légalité*, de *moralité* et d'*opportunité*, dont le second, surtout, a donné lieu à des décisions intéressantes de la part du Conseil d'Etat.

§ 3. — *Plan de l'étude*

Ces réflexions nous amènent à aborder l'objet principal de notre étude, c'est-à-dire à faire la théorie de la moralité administrative et à passer en revue les applications variées du contrôle contentieux de la moralité.

Il est bien entendu que le contrôle juridictionnel de la moralité administrative proprement dite étant d'essence disciplinaire et ne s'exerçant que sur la *décision exécutoire*, manifestation autoritaire de la volonté administrative, envisagée dans sa validité, nous aurons à nous occuper presque exclusivement des applications du contrôle contentieux objectif. Il nous appartiendra ensuite de relever brièvement certains aspects du contrôle contentieux subjectif, contentieux de la réparation, dans la mesure où il est de nature à nous intéresser du point de vue particulier de notre étude, bien qu'il ne soit pas précisément destiné à sanctionner d'une façon directe les règles de la moralité administrative entendue au sens propre de ce mot.

Dans une première partie, divisée en quatre chapitres, nous ferons la théorie générale de la moralité administrative. Au cours de ces développements nous insisterons surtout sur la théorie du *pouvoir discrétionnaire*, qui intéresse au plus haut degré notre sujet, ainsi que sur la comparaison qu'il y a lieu d'établir entre le *détournement de pouvoir*, considéré comme l'application type du contrôle de la moralité, et l'*abus du droit*.

Dans une seconde partie, divisée en quatre titres, auxquels nous joignons deux appendices, nous examinerons les solutions de la jurisprudence, ce qui nous amènera à préciser certains points déjà indiqués dans la partie générale.

Enfin, dans une Conclusion nous ferons une critique d'ensemble de l'orientation générale de la jurisprudence.

---

**PREMIÈRE PARTIE**

**L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE PRINCIPE  
DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE**

## TITRE UNIQUE

### LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION ET LES ÉLÉMENTS DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE

---

Nous définirons dans ce titre :

- 1) le pouvoir discrétionnaire de l'administration ;
  - 2) les éléments du contrôle juridictionnel de la moralité administrative ;
  - 3) les éléments d'une comparaison entre l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir ;
  - 4) le caractère général de la hiérarchie administrative en ce qu'elle peut intéresser le contrôle de la moralité, ainsi que les moyens administratifs qui ont préparé ou facilité le contrôle juridictionnel.
-



## CHAPITRE PREMIER

### Le Pouvoir discrétionnaire de l'administration

---

L'étude du *pouvoir discrétionnaire* appartenant à l'autorité administrative constitue le préalable indispensable de tout exposé de la théorie du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, parce que ce dernier tend précisément à sanctionner les limites de ce pouvoir.

Dans les lignes qui vont suivre nous allons donc essayer, tout d'abord, de justifier l'existence du pouvoir discrétionnaire et d'en fixer, ensuite, les contours.

#### SECTION I

#### Pouvoir discrétionnaire et autonomie du pouvoir administratif

I. Définitions. — II. Etendue du pouvoir discrétionnaire. — III. Cas spécial de l'autonomie juridique de l'administration. — IV. Limites générales du pouvoir discrétionnaire.

I. — Nous avons déjà vu dans l'Introduction que l'administration est tenue, dans l'accomplissement de sa mission, de s'imposer, dans le cadre légal, une certaine conduite, adaptée à la poursuite des fins administratives et limitant son activité libre. Après les développements que nous donnons au début de cette première partie nous verrons comment ce devoir a été compris et précisé par l'autorité juridictionnelle.

Mais si l'administration, qui a la charge de pourvoir aux besoins courants du public, doit, en présence des

problèmes suscités par les rapports de la vie quotidienne, s'inspirer des prescriptions légales en même temps que de certains principes découlant de l'idée même de l'institution administrative, on ne doit cependant pas oublier qu'en règle générale l'administration doit jouir d'un droit d'initiative assez étendu. Il est évident que, pour la solution des questions se présentant à son examen et à son action, elle ne saurait être absolument assujettie à des règles préétablies encadrant toute son activité, qui seraient de nature à empêcher toute intervention féconde. A certains égards, l'administration doit donc pouvoir se déterminer elle-même pour intervenir efficacement dans le règlement des affaires publiques ; cela signifie qu'en principe, elle doit être juge souveraine des motifs et, dans certains cas, du sens de son action.

Aussi, la reconnaissance de ce pouvoir qu'on a appelé *discrétionnaire* et qu'il faudrait éviter de confondre avec le pouvoir *arbitraire*, lequel ne saurait avoir aucune place dans le droit moderne, s'impose-t-elle, en dehors de toute consécration formelle, en vertu des exigences mêmes de l'institution administrative.

« On peut, dit M. Hauriou (1), définir le pouvoir discrétionnaire comme étant l'autonomie juridique de l'administration entendue comme pouvoir de se déterminer soi-même à user ou à ne pas user de ses pouvoirs et de ses droits pour prendre telle ou telle mesure d'administration ». De cette définition qui vise plus directement l'initiative administrative que le contenu même de la décision objet de pouvoir discrétionnaire, nous rapprocherons la définition un peu plus générale de M. Michoud (2),

(1) M. HAURIOU, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 346 et s. Cette définition ne se retrouve plus dans la dernière édition du *Précis* de l'auteur où l'on relève la phrase suivante: « Pouvoir discrétionnaire et initiative sont sensiblement même chose et les deux concordent avec ce que l'on appelle en administration l'opportunité de la mesure » (11<sup>e</sup> éd., p. 340).

(2) L. MICHOD, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *Ann. de l'Univ. de Grenoble*, 1913, p. 434.

d'après laquelle « il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit ». Nous dirions volontiers qu'il y a pouvoir *discrétionnaire* toutes les fois que l'administration ayant à prendre des décisions dont elle est seule en mesure d'apprécier toute la portée agit d'après ses directives propres sans que normalement on puisse concevoir qu'elle soit astreinte à rendre compte au juge de son attitude.

Ainsi, le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est pas seulement caractérisé par le fait que, sauf le respect dû à la règle légale, l'autorité administrative peut se déterminer librement, qu'elle est maîtresse de ses initiatives ainsi que de leurs modalités, mais encore par la circonstance que pour la solution des cas concrets sollicitant son intervention elle peut, à l'intérieur des limites tracées par la règle légale et disciplinaire, fixer en toute indépendance le contenu de ses décisions. Le pouvoir discrétionnaire, dit encore M. Hauriou dans une note sous l'arrêt *Grazietti* au Sirey 03. 3. 113, « est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives ».

Ce pouvoir existe dans tous les cas où la loi a laissé l'administration libre d'apprécier en toute indépendance ce qu'exigent, dans le cas particulier qui se présente, l'intérêt général et l'intérêt spécial du service. Il y a pouvoir discrétionnaire, selon la formule classique de Bernatzik (citée dans Michoud, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 445), lorsque le législateur a entendu dire à l'administration : « Tue, was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist » (1).

Cependant, entendu de cette façon, l'élément discrétionnaire de l'activité administrative n'est pas encore caractérisé d'une façon suffisamment précise. Les *buts d'intérêt*

(1) Dans son ouvrage fondamental, intitulé *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig et Vienne 1910, l'auteur autrichien RUDOLF VON LAUN donne les définitions suivantes: p. 20: « Wie schon angedeutet... « wurde, besteht das freie Ermessen darin, dass das handelnde öffent-

*général* sont innombrables, alors qu'en principe la faculté du choix de l'administration est limitée par la règle qui lui impose de poursuivre les *buts concrets* de la fonction exercée par elle, c'est-à-dire de rester dans l'idée même de cette fonction. Il conviendrait donc de dire qu'il y a pouvoir discrétionnaire lorsque l'administration est libre de déterminer elle-même ce qui, dans le cas précis appelant son intervention, est le plus conforme non pas à l'intérêt général, mais à l'*intérêt du service*, formule que nous avons, d'ailleurs, déjà énoncée ci-dessus.

« liche Organ berechtigt und verpflichtet ist, das Nützlichste für die Gesamtheit, das Zweckmässigste im öffentlichen Interesse vorzukehren » ; p. 66 : « Freies Ermessen ist... der vollziehenden Gewalt eingeräumt, wenn sie unbeeinflusst von Rechtsregeln zu bestimmen hat, was das öffentliche Interesse verlangt ». Nous remarquons qu'alors que les auteurs français insistent particulièrement sur l'élément *liberté* impliqué dans le pouvoir discrétionnaire, l'auteur autrichien indique bien, dans sa définition, l'obligation pour l'administration de rechercher, sous sa seule responsabilité, le bien public.

A rapprocher de la définition de LAUN la formule suivante donnée par l'auteur italien Alessandro RASELLI (*Il potere discrezionale del giudice civile*, t. I, Padoue, 1927, p. 246). « Il potere discrezionale è « caratterizzato dall' implicare necessariamente delle valutazioni di opportunità, in rapporto allo scopo della funzione, rivolte a determinare che cosa importi, nel caso concreto, il precetto generale posto « per gli organi della Stato: adempi nel modo più opportuno la funzione pubblica che ti è demandata ».

M. MICHOUD reproche à LAUN d'avoir établi, quelque part, le critérium du pouvoir discrétionnaire dans la faculté, qui appartiendrait à l'administration, de choisir librement les buts directs de son action. Le reproche, s'il contient une certaine part de vérité, n'est pas tout à fait justifié. Réflexion faite, il nous semble que M. MICHOUD a mal interprété la pensée intime de LAUN. Cet auteur, lorsqu'il parle de la liberté du choix appartenant, en l'espèce, à l'autorité administrative, ne vise pas tant les buts plus ou moins *abstrait*s de caractère général ou spécial déterminés par l'intérêt public et l'idée de la fonction exercée, dans chaque cas, par l'agent public, que les buts essentiellement *concrets* et *immédiats* qui trouvent leur expression plus ou moins marquée dans le contenu même de l'acte administratif et que, par conséquent, il serait plus exact de comprendre dans l'objet même de la décision administrative. Il est évident que, dans les cas où il y a pouvoir discrétionnaire, l'administration apprécie avec indépendance les résultats immédiats de son action, lorsque ces résultats ne sortent pas du cadre général tracé par l'idée de la fonction ou le bien du service. C'est là l'objet même du pouvoir discrétionnaire.

II. — Certes, *en théorie pure*, il ne peut y avoir, pour les diverses questions s'imposant à l'attention de l'autorité administrative, qu'une seule solution juste qui soit exactement proportionnée aux faits, et bien que, comme il a déjà été dit ailleurs (1), l'*opportunité* des décisions administratives ne soit pas formellement exigée par le droit positif, l'administrateur conscient de sa mission devra toujours s'efforcer d'atteindre, par des prévisions sûres et un examen avisé de toutes les circonstances de fait, l'idéal administratif qui veut qu'il n'y ait jamais le moindre défaut d'équilibre entre la décision prise et les faits sur lesquels elle porte. Il serait donc téméraire d'affirmer que l'administration est absolument libre de prendre des décisions inopportunes (2).

(1) V. ci-dessus p. 21.

(2) L'obligation, pour l'administration, de prendre des décisions opportunes constitue bien, *en dernière analyse*, une obligation juridique. La particularité que présente cette obligation, c'est qu'elle ne découle nullement d'une règle de droit préétablie et qu'en même temps elle ne saurait être sanctionnée par l'autorité juridictionnelle, l'administration active étant seule en état d'en mesurer exactement la portée.

M. MICHOUD reconnaît lui-même le caractère juridique de cette obligation. « Il est vrai, dit-il (*Ann.Gren.* 1913, p. 445), que l'administrateur, même en restant dans les limites de ce pouvoir discrétionnaire, « engage parfois sa responsabilité vis-à-vis de l'administration dont il « dépend, et peut être exposé à des poursuites disciplinaires pour avoir « mal apprécié l'intérêt général. Il est vrai aussi que l'obligation dont « la violation donne lieu à poursuite disciplinaire est une obligation « d'ordre juridique ». Nous ne croyons même pas qu'en réalité « cette « obligation n'existe pour l'agent que vis-à-vis de la personne morale « dont il dépend », que ce n'est qu'une obligation « d'ordre intérieur administratif » et qu'elle n'existe pas « à la charge de la personne morale, « vis-à-vis des tiers intéressés ». Nous estimons, quant à nous, qu'il est permis d'admettre que l'inopportunité d'une décision administrative constitue une violation d'une obligation s'imposant à la personne morale elle-même dans l'intérêt bien compris du public.

En tous cas, si les préceptes encore mal définis qui régissent l'activité administrative considérée du point de vue de son opportunité ne peuvent pas et ne pourront guère à l'avenir donner lieu à un débat contentieux soulevé par des tiers étrangers à l'administration, il semble, cependant, qu'ils présentent bien un caractère juridique qui, en théorie, les rend obligatoires pour l'administration même au regard du public.

Cf. encore en ce qui concerne la comparaison entre le pouvoir discrétion-

Mais le pouvoir discrétionnaire de l'administration, en tant que pouvoir soustrait à toute appréciation contentieuse, est suffisamment justifié par le fait que seule l'administration active est en état de connaître et d'apprécier exactement et à leur juste valeur les *nécessités du moment*, de saisir, *dans tous leurs détails*, les aspects variés des questions qui surgissent à jet continu et qui, dans l'intérêt d'une bonne administration, doivent être tranchées avec la plus grande rapidité.

Le pouvoir discrétionnaire est, d'ailleurs, un phénomène très général en droit public, car il est le privilège indispensable de toute autorité. « Partagé... entre les divers  
« organes de l'Etat, le pouvoir discrétionnaire est une nécessité de fait pour le pouvoir législatif..., une condition  
« de bonne administration et de bonne justice pour le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire qui, dans certains  
« cas, ne pourraient pas sans inconvénients en être privés.  
« Le pouvoir discrétionnaire est un moyen pour l'organisation étatique de tendre à sa fin qui est la réalisation du  
« droit » (E. Giraud, *Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, *Rev. gén. d'adm.*, 1924, p. 206) (1).

tionnaire du juge et celui de l'administration: L. MICHOUX, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 450 et s. — V. également l'exposé intéressant de M. Fr. GÉNY dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 182 et s.

(1) Une division originale du pouvoir discrétionnaire a été présentée par le professeur POMPEO BRONDI dans une étude intitulée *In Tema di Potere discrezionale del Giudice, Appunti e Spunti Polemici* (Extrait de la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, Padoue, 1928), publiée en réponse aux conclusions formulées par le professeur ALESSANDRO RASELLI dans son livre *Il potere discrezionale del giudice civile*, t. I, Padoue, 1927.

Le professeur BRONDI répartit les manifestations de ce pouvoir en deux groupes bien distincts :

C'est, d'abord, dans ce qu'il appelle la *fonction normative* de l'Etat, considéré comme organisation juridique, qu'il voit l'expression la plus élevée du pouvoir discrétionnaire, parce que dans cette fonction l'autorité publique poursuit de la façon la plus *immédiate l'intérêt public* sans être liée par aucune règle préétablie. Voici, du reste, la formule

En ce qui concerne spécialement l'administration publique, il est évident que sa mission ne peut être limitée à l'exécution servile des dispositions des lois de droit public,

donnée par l'auteur et résumant ses développements (*op. cit.*, p. 29 et s.) :

« Nel campo della funzione normativa, al disopra di tutte le attività dei singoli e dello Stato, avremo una *unica* forma di potere discrezionale che consiste nel porre regole di condotta obbligatoria (personali o impersonali) con un processo logico incontrollabile nel merito e con efficacia assoluta anche contro norme preesistenti e perfino contro i principi generali di diritto, attività accompagnata dalla presunzione (iuris et de iure) che si sia fatta di una regola di giustizia obiettivamente esistente una regola di giustizia obiettivamente certa e della quale non è più ammessa giuridicamente né l'ignoranza né l'incertezza ».

Le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur n'occupe, dans l'opinion de l'auteur, qu'une place secondaire, parce que l'administration ne poursuit que des fins intermédiaires (« *Fini secondari, potere secondario* ») et que, comme les manifestations de l'activité privée des particuliers, le pouvoir discrétionnaire de l'administration est absolument subordonné au droit légal et étroitement limité dans les buts que l'administrateur peut se proposer d'atteindre.

Il déclare (*op. cit.*, p. 31) : « Nel campo della funzione amministrativa il potere discrezionale si svuota di gran parte del suo contenuto ; chiuso nel diritto e sottoposto al diritto, assume il modesto aspetto del potere concesso all'organo di *regolarsi nei confini della legge, come meglio crede in vista del fine, a volta a volta, da raggiungere* ».

Nous n'acceptons pas cette thèse parce qu'elle place le critérium du pouvoir discrétionnaire dans l'absence (plus ou moins complète) de limites juridiques positives qui restreignent l'action de l'autorité et qu'elle voit l'expression type de ce pouvoir dans l'absolu de l'impératif juridique.

Certes, l'application de ce critérium révèle l'aspect le plus élevé de l'autonomie juridique d'un pouvoir. Mais, dans notre conception, le pouvoir discrétionnaire proprement dit est, avant tout, caractérisé par le fait que, parmi les conséquences plus ou moins nombreuses pouvant être déduites d'une situation de fait ou de rapports juridiques déterminés, l'autorité publique, dans l'exercice de ses attributions, a la faculté de se décider librement pour celle de ces conséquences qui, d'après des considérations d'opportunité, lui paraît la mieux adaptée au règlement des intérêts dont elle a la charge.

En ce sens et théoriquement, le pouvoir discrétionnaire se retrouve avec une nature identique dans le pouvoir juridique de l'Etat et dans les manifestations de l'activité administrative. La liberté du choix du contenu de ses décisions appartenant au pouvoir législatif, dans lequel nous voyons un pouvoir lié par des principes souverains supérieurs à toute législation, est évidemment bien plus étendue que la liberté de détermi-

qu'elle n'est pas seulement l'exécutrice aveugle des volontés du législateur ni même des idées renfermées dans la règle légale, mais qu'elle doit apprécier *par elle-même* et

nation reconnue à l'administrateur qui, dans la plupart des cas, ne se révèle que dans les décisions spéciales et particulières prises en vue de l'application de la règle générale. Mais la différence est de l'ordre *quantitatif* et non pas de l'ordre *qualitatif*.

Il reste, cependant, que si l'on se place au point de vue de l'existence des recours juridictionnels pouvant être dirigés contre les actes juridiques publics, l'indépendance du législateur est à peu près absolue puisqu'il n'a pas à rendre compte au juge de ses actes, bien qu'un pareil contrôle puisse parfaitement se concevoir, alors que les actes administratifs donnent toujours prise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

La théorie du professeur Biondi aboutit, par ailleurs, à une distinction bien trop tranchée entre la *fonction juridique* et la *fonction administrative*. Si, de l'avis de l'auteur, la première est l'expression même de l'autorité régulatrice s'imposant comme telle aux particuliers, il rabaisse, en somme, la fonction administrative au rang du commerce juridique ordinaire, en établissant un parallélisme trop prononcé entre l'activité de l'administration sujet de droit et les diverses manifestations de la liberté dont jouissent les particuliers dans l'exercice de leurs droits subjectifs. C'est ce qui amène l'auteur à rapprocher le pouvoir discrétionnaire de l'administration des droits subjectifs reconnus aux particuliers pour la poursuite de leurs intérêts.

Il déclare notamment (*loc. cit.*) : « Tale potere non differisce, nella « sua sostanza, dal potere che è dato al singolo di raggiungere, nei « limiti del diritto, i suoi propri scopi, o, se si tratta di un ente, gli « scopi comuni ad un certo numero di cittadini. Tutto ciò è provato « dal fatto che certi interessi oggi proseguiti dallo Stato, soggetto di « diritto, possono domani passare a cittadini od a società private e « viceversa : il che presuppone l'identità sostanziale del potere concesso « dallo Stato, organizzazione giuridica, per raggiungimento di quei « determinati fini ».

Pour nous l'administration est à la fois une *entreprise* destinée à donner satisfaction à certains besoins du public et un *pouvoir juridique* qui, sans s'y rattacher d'une façon absolue, participe, en quelque sorte, de la fonction normative de l'Etat. Car, si l'administration gère les affaires du public à peu près comme un administrateur de société gère les affaires de cette société devant laquelle il est responsable, il ne faut pas oublier que les services publics fonctionnent sous l'impulsion de la puissance publique créatrice d'un droit autonome, bien que plus précaire que le droit légal, se réalisant par la décision exécutoire.

Sous le bénéfice de ces observations, on pourra admettre les conclusions du professeur Biondi dans la mesure où elles tendent à faire ressortir le *degré de liberté* qui se retrouve respectivement dans le pouvoir législatif et dans l'activité de l'administrateur.



en vertu de ses fonctions propres certains éléments proposés à son examen, conformément à l'esprit de l'institution. L'auto-détermination administrative n'a donc rien d'exceptionnel.

Lorsque l'autorité administrative applique la loi, elle le fait avec une certaine indépendance, parfois très marquée, en examinant, dans chaque cas concret, les possibilités de réalisation de la règle abstraite. En limitant, à l'occasion, et dans des cas isolés, la portée de cette règle, elle ne se met nullement en opposition avec la légalité, étant donné que son intervention consiste non pas à affirmer, à l'encontre de l'impératif législatif, un postulat *abstrait*, mais à procéder, sur les données de l'expérience, à un aménagement *pratique et particulier* de la prescription générale. C'est ce qu'exprime très bien M. Rivet, lorsque, dans ces conclusions présentées dans l'affaire *Chambre syndicale des fabricants d'eaux gazeuses de Paris* du 24 mars 1922 (*Rev. dr. p.*, 1922, p. 247 et s.), il déclare « que l'autorité administrative, chargée par le législateur d'assurer l'exécution des lois, a reçu un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, dans chaque espèce, en faisant état des *circonstances de fait* et, parfois, de *raisons d'opportunité* et de *bonne administration*, si le texte était ou n'était pas applicable ».

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat a annulé le refus, opposé par l'administration, d'appliquer aux limonadiers, restaurateurs et hôteliers fabriquant des eaux minérales à Paris la réglementation alors en vigueur en matière de surveillance de la fabrication d'eaux gazeuses, parce qu'en exemptant ainsi de l'application des dispositions *formelles* de la règle générale *toute une catégorie de personnes*, l'administration n'exerçait plus son pouvoir discrétionnaire d'adaptation de la loi aux cas particuliers et concrets, mais restreignait, *d'une manière générale*, la portée des dispositions de la réglementation spécialement applicable à la matière, ce qui constituait un dépassement flagrant du pouvoir discrétionnaire. « Car, comme le dit très justement M. Rivet

« dans ses conclusions précitées, de l'opportunité de sou-  
 « mettre ou de ne pas soumettre, *non pas un citoyen isolé,*  
 « mais une *catégorie* de citoyens à la réglementation qu'il  
 « édicte, le législateur ou, par délégation, le pouvoir exé-  
 « cutif, est l'unique juge ». Dans ce cas, il s'agit d'inter-  
 prétation juridique et non plus d'appréciations de faits  
 rentrant essentiellement dans le pouvoir discrétionnaire de  
 l'administration.

Cela nous amène également à préciser que, d'une ma-  
 nière générale, le pouvoir discrétionnaire se vérifie avant  
 tout dans les mesures *particulières* prises par l'administra-  
 tion, étant donné qu'il trouve sa raison d'être dans l'obli-  
 gation qui incombe au pouvoir administratif de pourvoir  
 aux *nécessités du moment* (1).

Cette idée nous fournit, en même temps, un critérium  
 précieux pour l'établissement des limites concrètes de ce  
 pouvoir réalisateur : Il est de règle que les mesures rentrant  
 dans le pouvoir discrétionnaire ne doivent pas dépasser les  
 exigences de la situation (2), même si le principe de limita-  
 tion du pouvoir administratif ne se déduit pas d'un texte  
 formel spécialement applicable à la matière.

On a beaucoup insisté sur le fait que les nécessités du  
 moment que nous venons de viser n'autorisent, en principe,  
 que des mesures *temporaires* et d'une *portée restreinte*.  
 C'est ainsi que les agents administratifs ne sauraient se  
 prévaloir de leurs attributions de police pour édicter à l'en-  
 contre de certaines manifestations des libertés individuelles  
 des interdictions générales ayant un caractère *absolu* et  
*permanent* (Cf. note J.-J. Chevalier sous Cons. d'Et. 13  
 mai 1927 *Carrier et autres* D. 28.3.9 ; comp. égal. note M.  
 Hauriou sous Cons. d'Et. 7 mai 1926 *Sourisse* S. 26.3.41).

(1) « Il y a, dit M. J.-J. CHEVALIER (note au D. 25. 3. 46), moins d'ap-  
 « préciation discrétionnaire laissée à l'administration dans le domaine  
 « de l'acte *général* que dans celui de l'acte *individuel* ». Comp. G. RE-  
 NARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1925, p. 304, note (1).

(2) Cf. MORGAND, *La loi municipale*, p. 664. Cf. Cons. d'Et. 4 juillet  
 1924 *Beaugé*, Gaz. Pal. 24.2.236.

Il ne faudrait cependant pas exagérer la portée de cette règle. Des atténuations sont inévitables. Les dangers que les administrateurs doivent prévenir, les nécessités auxquelles ils doivent pourvoir peuvent présenter un caractère permanent; dans des cas pareils des mesures générales et permanentes sont parfaitement justifiées. Ici comme partout ailleurs, il faut éviter de tomber dans l'abus des abstractions. Dans toutes ces matières, il s'agit encore d'appliquer les règles du bon sens; c'est une question de tact et de mesure. Il suffit, en somme, de bien retenir le principe qui interdit à l'administration de se laisser entraîner à des actes qui, en raison de leur caractère, peuvent être considérés comme impliquant l'affirmation d'un *état d'esprit* nettement contraire aux principes généraux de notre droit positif et, notamment, aux libertés fondamentales consacrées par le droit public en faveur des particuliers.

III. — Mais, l'autorité administrative jouit encore d'un degré supérieur de pouvoir discrétionnaire, en ce sens que non seulement elle règle les cas d'espèce d'après ses directives propres, mais qu'elle a encore le pouvoir de créer de toutes pièces des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics, que, bien plus, en certains cas, l'activité administrative peut légitimement sortir du domaine propre de ce qu'on entend *généralement* par *pouvoir discrétionnaire* pour prendre une ampleur toute particulière, pour corriger et parfaire, en quelque sorte, suivant les nécessités de la bonne administration, l'œuvre du législateur. L'administration, dit M. Alibert (*Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, Payot, p. 16), « n'est pas « seulement l'exécutrice servile de la loi ou le rouage de « transmission des commandements législatifs; elle est « encore un organe autonome et *créateur*. Elle possède à ce « titre un pouvoir propre, dont l'exercice crée des *obliga-* « *tions spéciales* aux administrés avec une précision que ne « comporte pas le caractère forcément général et parfois « abstrait de la loi écrite ».

C'est ici que se vérifie d'une façon toute spéciale la véritable nature de l'autonomie juridique de l'administration publique.

Si le pouvoir discrétionnaire proprement dit ne se révèle, en général, que dans l'application particulière de principes généraux aux faits, cette application comportant nécessairement une liberté assez large de la volonté agissante, l'autonomie juridique poussée à ses dernières conséquences implique déjà un degré supérieur de liberté et d'indépendance : c'est la faculté, pour l'administration consciente de ses responsabilités, de faire abstraction, dans son action légitime, de tout ce qui, du côté des sources formelles du droit, tend à restreindre sa liberté naturelle. Si la reconnaissance de ce pouvoir exceptionnel n'a lieu que dans des cas très rares, il serait, cependant, vain de nier son existence. Il peut être mis en œuvre toutes les fois que les fins à atteindre présentent une importance telle que toute considération autre que celle du bien public, si grave soit-elle, doit céder le pas devant les nécessités inéluctables du moment.

Nous comprendrons plus tard l'importance de ce problème lorsque nous étudierons les solutions jurisprudentielles (1).

IV. — Nous n'avons pas à insister ici sur la limite légale opposée à l'activité libre de l'administration. On comprend facilement que le pouvoir discrétionnaire appartenant à l'autorité administrative ne saurait se heurter, en principe, à la règle légale. Tout au plus, y aurait-il lieu de dénoncer à cette place l'intervention trop fréquente du législateur

(1) Peut-être pourrait-on, *toutes proportions gardées*, rapprocher des distinctions faites au texte la théorie des pouvoirs du juge en matière d'interprétation du droit où l'on peut distinguer entre le *pouvoir discrétionnaire*, généralement admis par la doctrine, et la *libre recherche scientifique*, absolument indépendante de toute interprétation légale, qui conduit parfois à des solutions assez hardies et qui est vivement critiquée par un grand nombre d'auteurs (Cf. à ce sujet Fr. GÉNY, *Méth. d'int.*, t. II, p. 188 et s.).

qui, à la faveur d'une conception fautive de la souveraineté nationale, a souvent tendance à amplifier sa mission et à restreindre ainsi, d'une façon inopportune, les initiatives de l'autorité chargée, en premier lieu, de pourvoir, par les procédés les plus appropriés, aux besoins courants du public (1).

Rappelons, d'ailleurs, que même lorsque l'administrateur ne fait qu'appliquer la loi, il le fait dans un esprit très large de *prévision*, ce qui l'amène à écarter toute interprétation *stricte* pour considérer avant tout les exigences de la situation concrète qu'il est appelé à régler, alors que le juge, ayant pour mission essentielle de dire le droit, ne saurait statuer avec une liberté et une indépendance aussi étendue (2).

Mais le pouvoir discrétionnaire — et c'est le point qui nous intéresse le plus du point de vue de notre étude — ne trouve pas seulement ses limites dans la loi, mais encore et avant tout dans certaines règles qui dérivent, d'une façon directe, de la nature institutionnelle de l'administration publique. Si ces règles, qui consacrent le principe de la *moralité administrative* et dont nous aurons encore à préciser le caractère particulier, peuvent être formulées sans de trop grandes difficultés, le contrôle de leur application concrète se heurte cependant à des obstacles assez sérieux.

Au surplus, il faudrait se garder de croire qu'en cette matière nous nous trouvons sur un terrain bien ferme autorisant des déductions précises et complètes. En ce domaine, le sens concret des opportunités et l'expérience des

(1) M. MICHOUX (*op. cit.*, *Ann. Gren.* 1913, p. 453) déclare: « Il faut... « que l'administration ait, dans un certain domaine, liberté d'agir; il « serait mauvais, et d'ailleurs impraticable, que la loi lui traçât à l'avance dans tous les cas la conduite qu'elle doit tenir, et il serait « mauvais aussi que, là, où elle n'entend pas la lier par une règle de « droit, elle soumit cependant ses décisions à un contrôle juridictionnel ».

(2) Cf. G. RENARD, *La valeur de la Loi*, p. 151.

réalités sont seuls capables de seconder des recherches présentant essentiellement un caractère pratique.

## SECTION II

### Eléments particuliers du pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de la moralité administrative

I. Remarques préliminaires. — II. Eléments de la décision exécutoire envisagés sous le rapport de l'objet propre du pouvoir discrétionnaire — III. Etendue du contrôle juridictionnel de la moralité.

Après avoir attiré l'attention sur l'existence même et la signification particulière du pouvoir discrétionnaire, il nous appartient, maintenant, sous le bénéfice des observations qui précèdent, d'en fixer les contours dans leurs grandes lignes afin de pouvoir marquer, parmi les éléments de l'acte administratif, les points précis où commence le contrôle du juge.

I. — Nous croyons inutile d'insister longuement sur le fait qu'aujourd'hui la jurisprudence a complètement écarté l'ancienne théorie de l'*acte discrétionnaire*, qui pouvait présenter certains avantages autrefois, alors que le pouvoir administratif était encore en voie d'organisation, mais qui, à l'heure actuelle, en présence du développement qu'a pris l'idée de moralité et de conceptions plus éclairées de la nature de la fonction publique, ne saurait plus être défendue.

Reconnaître à l'administration un certain pouvoir discrétionnaire, cela ne signifie donc plus, maintenant, que certains actes, considérés comme particulièrement autoritaires et comme découlant directement du principe même de la puissance publique opposée aux droits des particuliers, devront être soustraits à tout examen contentieux, du moins quant à l'appréciation de leurs motifs, mais tout

simplement que l'administration aura, dans un grand nombre de cas, le *choix du moment* de son action, le *choix des moyens*, et, en certaines circonstances, la *liberté d'agir ou de s'abstenir*, à son propre gré.

Nous venons d'indiquer sommairement les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire appartenant à l'autorité administrative. Remarquons, dès à présent, que lorsqu'on pose la question de l'objet précis de l'autonomie juridique de l'administration, il convient, si l'on veut aboutir à des solutions pratiques, d'éviter, de prime abord, toute classification rigoureuse, étant donné que le pouvoir discrétionnaire résiste à tout compartimentage et qu'il se retrouve dans la très grande majorité des actes administratifs.

Voilà une vérité qui n'a pas toujours été suffisamment aperçue. Lorsque la loi n'a pas entièrement lié le pouvoir de l'administration, celle-ci peut, en principe, établir de sa propre autorité les directives de son action, à condition cependant qu'elles se meuvent dans une sphère déterminée par les buts de l'institution. A l'encontre de la thèse soutenue notamment par Laun (1) et Michoud, nous croyons même qu'il n'est pas faux de dire que le *pouvoir discrétionnaire* et la *compétence liée* ne s'opposent pas d'une façon absolue. Car même lorsque le législateur donne des directives précises, il n'épuise rarement toutes les possibilités de solution d'un cas concret.

L'élément spécifiquement discrétionnaire se concentre dans les *directives* que l'administration se fixe à elle-même et d'après lesquelles elle se propose d'agir. Il est évident que théoriquement ces directives peuvent varier à l'infini, et il ne semble pas que, sur ce point, il soit possible de préciser les facultés dont l'administration dispose, parce qu'elles s'affirment dans des appréciations de pure opportunité cor-

(1) Cf. LAUN, *op. cit.*, p. 50 et s., qui établit une opposition bien nette entre ce qu'il appelle « gebundenes Ermessen » et « freies Ermessen ». Selon lui, le pouvoir discrétionnaire, au sens propre de ce mot, ne saurait jamais être reconnu à l'administration que dans les cas où le législateur lui a donné carte blanche.

respondant aux nombreuses situations de fait qui s'imposent à l'attention de l'autorité administrative. Ainsi, en vue de l'exercice de son pouvoir de police, le maire peut se proposer d'interdire les processions ou sorties de sociétés sur la voie publique dans telles circonstances; il peut se fixer comme règle de conduite de ne point autoriser tel ou tel genre de processions, d'empêcher les fanfares de jouer sur la voie publique, etc...; il agit, dans toutes ces matières, selon ses directives propres dont il a seul le secret et qui ne sauraient être critiquées lorsqu'elles se situent à l'intérieur des limites tracées par le droit positif (1). La question de la stabilisation des directives administratives est, d'ailleurs, d'autant plus délicate que l'administrateur n'est pas, en principe, tenu de motiver ses décisions.

Le problème de la détermination du pouvoir discrétionnaire de l'administration a été étudié avec soin — peut-être avec un raisonnement d'une dogmatique quelque peu rigoureuse — par M. Roger Bonnard dans un article publié dans la *Revue du droit public* (1923, p. 363 et s.) et intitulé *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*. Dans les développements qui vont suivre nous nous inspirerons de cette étude, sans, toutefois, en adopter toutes les conclusions et sous réserve de la remarque, faite ci-dessus, touchant le danger d'une analyse abusive (2).

(1) Le Conseil d'Etat a reconnu la régularité d'une décision du maire de Châlons-sur-Marne portant interdiction des combats ou exhibitions de boxe dans la commune. Cette interdiction était suffisamment justifiée par « le caractère brutal et parfois sauvage de ces combats, contraires à l'hygiène morale » (Cons. d'Et. 7 novembre 1924 *Club indépendant sportif Châlonnais* S. 26. 3 4).

(2) Nous n'avons nullement l'intention de donner ici plus qu'un aperçu général des éléments de l'activité administrative appartenant en principe au pouvoir discrétionnaire. On trouvera, à ce sujet, des développements plus détaillés, quoique non absolument conformes au point de vue exposé au texte, dans les études de L. MICHOUX, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 434 et s.; Roger BONNARD, étude visée au texte; Marc RÉGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, *Rev. dr. p.* 1925, p. 415 et s.

Définissant la notion d'opportunité des mesures administratives dans



II. — a) Un examen attentif de l'acte administratif nous révèle immédiatement qu'à la base de toute manifestation de volonté de l'administrateur, il doit exister une certaine situation de fait sur laquelle porte, tout naturellement, l'intervention administrative.

Ce sont ces antécédents de l'acte que nous appelons les *motifs immédiats* de l'intervention administrative. Ces motifs immédiats sont, en quelque sorte, les *faits déterminants* de la décision exécutoire. Dans la terminologie un peu spéciale que nous adoptons pour la commodité de l'exposé aussi bien que pour la clarté des distinctions (1), ces motifs immédiats ne doivent pas être confondus avec les *motifs déterminants* ou, plus exactement, avec les *buts déterminants* qui se traduisent plus particulièrement dans les répercussions directes de l'acte voulues par l'agent (2). C'est

laquelle se concentre le pouvoir discrétionnaire, ce dernier s'exprime ainsi: « L'opportunité est l'ensemble des circonstances non prévues par le droit et qui sont laissées à l'appréciation de celui qui fait l'acte. Ces circonstances, nous semble-t-il, sont au nombre de trois: 1° les motifs (antécédents) de l'acte; 2° la possibilité pour l'administrateur, en présence de certains motifs, d'agir de la façon qu'il juge bon ou même de s'abstenir; 3° le choix du moment... Ces différents éléments de l'opportunité, parce qu'en général ils échappent au contrôle du droit, sont laissés à la libre appréciation de l'administrateur. Cette libre appréciation est ce que l'on appelle le *pouvoir discrétionnaire* ».

V. encore Emile GIRAUD, *Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, *Rev. gén. d'adm.* 1924, p. 193 à 212 et 298 à 320; cf. aussi la note de M. HAURIUO sous Cons. d'Et. 17 juillet 1925 *Association amicale du personnel de la Banque de France* S. 25. 3. 33.

(1) M. BONNARD, dans son étude précitée, adopte, lui-même, l'expression de « motifs » pour désigner les éléments de l'acte juridique « qui, dit-il, constituent en quelque sorte ses antécédents ». Il tient, du reste, à justifier sa terminologie par la commodité de l'exposé et il fait remarquer, très justement, que généralement on ne donne pas au mot « motif » ce sens précis (cf. *op. cit.*, p. 369). Comp. la dénomination « motifs impulsifs » adoptée par le regretté doyen de la Faculté de Droit de Bordeaux dans la dernière édition de son *Traité* (t. I, p. 317; t. II, p. 395 et s.).

(2) M. JÈZE, dans son *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français* (*Rev. dr. p.* 1922, p. 377 et s.), ne fait pas la distinction adoptée au texte: il comprend tout sous la dénomination géné-

ainsi que, dans la matière des révocations de fonctionnaires, les agissements du fonctionnaire ayant donné lieu à la mesure de révocation constituent les *motifs immédiats* ou les *faits déterminants* de sa révocation, alors que le bon fonctionnement du service constitue le *but déterminant* de la sanction prise par l'administration. *Le motif immédiat est donc une situation de fait préexistante à l'acte, alors que le motif ou le but déterminant est d'essence plutôt subjective, puisqu'il se confond dans la détermination de volonté de l'agent.*

Ces définitions étant acquises, il va de soi que l'administration, lorsqu'elle prend une décision, doit tenir compte de la situation préexistante à l'acte ; elle n'est pas libre de ne pas l'admettre. Tout acte basé sur des motifs faux doit être considéré comme irrégulier. Remarquons que cette règle, qui n'est en somme qu'un truisme, ne se déduit pas toujours de la loi, ni même de la coutume, ainsi que le veut M. Bonnard ; le vice d'une décision administrative, par ailleurs régulière, prise sur la base d'un état de choses reconnu inexistant tient plutôt à la violation d'une règle de moralité et de bon sens qui s'oppose à ce qu'un acte dénué de tout fondement réel puisse produire des effets juridiques définitifs.

b) Quant à la *qualification* et à l'*appréciation juridiques des faits déterminant* la décision administrative, on comprend facilement qu'ici encore l'administration ne soit pas libre de son appréciation. Les éléments qui devront influencer sur son jugement se trouveront soit dans la loi elle-même, souvent trop vague pour fournir à elle seule des données bien utiles, soit dans un ensemble de déductions tirées des

rale de *motifs déterminants*. S'il en est résulté certaines confusions, en fait, il a quand même été amené à distinguer, à plusieurs reprises, pour les solutions pratiques qu'il indique, entre ce que nous appelons les motifs immédiats de l'acte qu'il a tendance à qualifier de « motifs » tout court et les buts déterminants qu'il désigne plus spécialement par l'expression « motifs déterminants ». Cf. pour la distinction du *fait déterminant* et du *motif déterminant* M. HAURIOU, note au S. 26. 3. 25.

faits concrets et complétées utilement par les indications du législateur. Le contrôle juridictionnel portant sur la qualification et l'appréciation juridiques d'un fait sera donc tantôt proprement légal, tantôt un contrôle contentieux à caractère essentiellement technique.

Mais, malgré l'avis contraire de la doctrine, nous ne croyons pas qu'ici le pouvoir discrétionnaire sera complètement écarté, car, dans certains cas, les questions à résoudre exigeront des appréciations de fait tellement délicates et dépendront dans une telle mesure de prévisions purement subjectives qu'un contrôle contentieux rigide peut paraître déplacé. S'il n'y a pas dans les cas que nous visons pouvoir discrétionnaire au sens proprement juridique de ce mot, du moins y a-t-il « discrétionnalité technique » selon les termes employés notamment par l'auteur italien Presutti (1). Bien que cette théorie rencontre une vive opposition en doctrine et qu'elle ne soit même pas consacrée en jurisprudence, nous estimons qu'à condition qu'on n'en exagère pas les conséquences, il n'y a pas lieu de la repousser d'une façon absolue, parce qu'elle indique bien le rôle indépendant que, dans certaines circonstances ne pouvant être *pleinement* comprises que par l'administrateur actif, il convient d'attribuer à l'autorité administrative agissant pour la poursuite des fins spéciales qui lui sont assignées. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question lors de l'étude des solutions jurisprudentielles (2).

c) La question qui se pose maintenant est celle de savoir quelle sera l'attitude de l'administration en présence d'une situation de fait dont la qualification juridique a été exactement établie.

Des distinctions s'imposent : La loi a-t-elle ordonné à l'administration d'agir en un certain sens, celle-ci ne pourra, en règle générale, se dispenser d'observer une conduite conforme aux injonctions du législateur. Mais souvent la

(1) Cf. L. Michoud, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 462, en note.

(2) V. ci-dessous p. 337 et s.

loi ne comportant pas de prescription formelle, l'agent public pourra s'abstenir et, même en cas d'ordre donné par le législateur, il pourra choisir le *moment de son intervention* avec une certaine liberté — restreinte en certaines hypothèses par des textes divers (V. par ex. article 4 du décret-loi du 26 mars 1852) et d'une façon plus générale depuis la loi du 17 juillet 1900 (art. 3). Voilà une première manifestation du pouvoir discrétionnaire qui en est même une des plus importantes. Notons, d'ailleurs, que la jurisprudence est intervenue pour empêcher que cette règle ne puisse donner lieu à des abus trop flagrants, préjudiciables aux intérêts des administrés (1).

De même, il s'agit de savoir de quelle façon l'agent administratif se comportera dans les cas où il se décidera à intervenir. Tout d'abord, nous voudrions remarquer que le *mode d'action* de l'administration ne devrait, en principe, être fixé par la loi que dans les cas où une raison supérieure l'exige pour la pleine garantie de la liberté. En fait, dans beaucoup de cas, le législateur a observé une prudente réserve. L'appréciation discrétionnaire des modalités et du caractère de la décision elle-même constituera donc souvent pour l'autorité administrative un domaine réservé, soustrait aussi bien au contrôle de la légalité qu'à celui de la moralité.

Il s'agit, en effet, dans tous ces cas, de questions d'appréciation de la *valeur en fait* des circonstances se trouvant à la base de la décision administrative. Or, on comprend facilement que cette appréciation est, par elle-même, une question d'*opportunité*, qu'il appartient à l'administration de trancher librement en dehors de tout contrôle du juge. C'est dans ces appréciations de fait, qui constituent, à proprement parler, *les motifs* (2) de son intervention, que se retrouvent

(1) V. ci-dessous p. 382 et s.

(2) Les *motifs* dont il s'agit ne doivent pas être confondus avec ce que nous entendons par *faits déterminants* de l'intervention administrative qui ne soulèvent évidemment pas encore la question d'appréciation de la *valeur* de circonstances déterminées (Cf. ci-dessus p. 44).

les directives variées que l'administration se fixe à elle-même pour le règlement des cas d'espèce.

Il convient, du reste, de remarquer que même dans les cas où, sur ces points précis, la loi a restreint la liberté de l'administration, celle-ci conserve encore des pouvoirs assez étendus que l'on est en droit d'appeler discrétionnaires. Car, lorsque l'intervention du législateur n'a pas eu pour effet de fixer d'une façon absolument précise l'attitude de l'agent administratif, pour l'ensemble des cas qui peuvent se rencontrer, lorsque le texte de la loi ne comporte que des directions générales, on aura beau dire que l'administration n'est plus maître de ses initiatives, que sa compétence est liée, cela n'empêchera pas que l'autorité administrative puisse, à l'intérieur des limites tracées par la loi, légitimement agir selon ses directives propres, en vue de la poursuite des fins administratives (1). L'opposition entre la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire que l'on a souvent essayé d'établir est donc loin d'être nettement marquée (2).

(1) Nous avons déjà insisté dans la section précédente (p. 36 et s.) sur le cas d'application du pouvoir discrétionnaire qui traduit de la façon la plus nette l'indépendance de l'administration vis-à-vis de la loi; nous nous bornons à y renvoyer.

(2) La plupart des auteurs français, notamment MM. MICHOU, BONNARD et RÉGLADE, estiment que dans les cas où la loi a indiqué les motifs de la décision administrative, il n'est plus possible de parler de pouvoir discrétionnaire, étant donné qu'alors il y a compétence liée. C'est ainsi que ces auteurs soutiennent que « en matière de police municipale, les « pouvoirs du maire ne sont jamais discrétionnaires ni pour l'appréciation des motifs, ni pour les mesures qu'il établit », les motifs des mesures de police étant fixés par la loi (R. BONNARD, *op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1923, p. 382), sans s'apercevoir que le texte même de l'article 97 de la loi municipale est assez peu précis pour laisser au maire un certain pouvoir d'appréciation discrétionnaire en ce qui concerne la valeur des motifs et l'opportunité de ses décisions. Les cas d'excès de pouvoir qui se présentent en cette matière ne constituent la plupart du temps que des cas de détournement de pouvoir et non de violation de la loi proprement dite bien que la jurisprudence, que nous aurons encore l'occasion d'examiner, soit loin d'être nette à cet égard.

M. Marc RÉGLADE, poussant l'analyse plus loin que M. BONNARD, sur l'étude duquel il se base, distingue entre la *compétence liée du premier degré*, où l'agent administratif, sans pouvoir apprécier discrétionnairement la valeur des motifs de sa décision, est cependant libre d'agir ou

Du reste, il y aura également place ici pour l'application du principe de la « discrétionnalité technique » déjà mentionné ci-dessus (page 46).

d) Poursuivant notre analyse du pouvoir discrétionnaire de l'administration, nous constatons que l'agent administratif, dans l'exercice légal de ses fonctions, tend nécessairement vers un certain *but*. En effet, à chaque manifestation de volonté correspond naturellement un but plus ou moins apparent qui tombe sous la prise du droit. Nous touchons ici à un élément qui a joué un rôle capital dans l'évolution du droit administratif français, étant donnée son importance dans la théorie de l'*institution*.

Il est bien évident que le but d'un acte accompli par un agent public doit toujours présenter un caractère strictement administratif et être déterminé par la nature même de la fonction exercée par l'agent. Les directives suivies par l'administration, qui se concentrent dans les *motifs* des décisions administratives, doivent se mouvoir dans une sphère plus ou moins restreinte. Il y a une limite au delà de laquelle la conduite administrative, quelque libre qu'elle puisse paraître, devient abusive et doit être réprimée parce qu'elle révèle la tendance *volontaire* ou *involontaire* de

de s'abstenir, de choisir les mesures à appliquer, et la *compétence liée du second degré*, où le législateur n'empêche pas seulement l'administration d'être juge souveraine de la valeur des motifs, mais l'oblige encore à intervenir dans un sens déterminé dans tous les cas où les motifs prévus par la loi existent en fait. C'est ainsi que les pouvoirs de police reconnus au maire par l'article 97 de la loi municipale constituent, de l'avis de M. RÉGLADE, des cas de compétence liée au premier degré, parce que, tout en n'étant pas juge des nécessités d'ordre public exigées par la loi, le maire apprécie librement l'opportunité de son action ou de son abstention; au contraire, dans les cas où les administrés font valoir des droits à l'encontre de l'administration, celle-ci ne pouvant se dispenser d'intervenir selon les injonctions du législateur, on se trouve en présence de cas de compétence liée du second degré (Cf. Marc RÉGLADE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1925, p. 436 et s.). Si l'on ne peut dénier à cette argumentation une certaine valeur, on ne saurait cependant s'empêcher de remarquer que cette théorie revendique une portée qu'elle ne peut avoir en réalité, étant donné la variété infinie des situations concrètes à régler. Tous ces points seront d'ailleurs encore précisés lorsque nous étudierons les solutions, jurisprudentielles.

l'administrateur de sortir du but de l'institution. C'est à ce point du pouvoir discrétionnaire de l'administration que le juge peut et doit intervenir pour opposer ses directives propres à celles de l'administrateur, en canalisant l'activité administrative et en la maintenant dans la voie tracée par les buts administratifs à atteindre. Et bien que les diverses applications *concrètes* de ces règles de but ne puissent être nettement précisées à l'avance pour chaque catégorie d'actes, le pouvoir discrétionnaire devra s'effacer ici devant les nécessités impérieuses de la bonne administration pour faire place au contrôle contentieux de la moralité administrative, dont la jurisprudence de notre Conseil d'Etat nous révèle toute l'importance.

Ce contrôle portera tout naturellement sur les faits mêmes se trouvant à la base de la décision administrative, tout au moins dans tous les cas où le sens de la décision ne résultera pas directement de son dispositif lui-même. Mais remarquons, tout de suite, qu'il s'agit bien là d'un contrôle juridique puisque, sans viser l'intervention administrative *in concreto*, il tend à vérifier uniquement l'orientation générale qui se dégage des directives d'une activité déterminée. Ainsi le Conseil d'Etat ne censure pas une mesure administrative pour elle-même, mais bien en raison de l'orientation de la conduite de l'administration se traduisant dans la décision prise par l'agent administratif. En d'autres termes, *l'intervention du juge ne vise pas la question de fait, c'est-à-dire l'utilité ou l'inutilité de la mesure attaquée, considérée en elle-même, mais la conception juridique que l'administrateur a eu de son devoir en affirmant une directive déterminée* (1).

Cette réserve faite, nous devons cependant constater que les deux questions paraissent se confondre, en ce sens que, pour apprécier la conduite de l'administrateur quant au but qu'il doit atteindre, le juge est souvent obligé de serrer de

(1) Cf. G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, Sirey, 1925, p. 304 n. (1); p. 346 n. (1); cf. aussi Cons. d'Et. 27 avril 1917 *comm. de Venoz* S. 23. 3. 53 avec les concl. de M. BLUM.

près la valeur en fait de la décision entreprise. C'est ainsi que le Conseil d'Etat « annule impitoyablement les arrêtés « municipaux interdisant toute manifestation extérieure du « culte parce qu'il n'est pas raisonnable de penser que l'ordre public puisse être troublé par des cérémonies telles « que les cortèges funèbres » (Hauriou). C'est que le point de droit se révèle à travers le point de fait. La jurisprudence judiciaire n'a pas toujours reconnu l'importance de cette considération, pourtant bien simple; et voilà une des raisons pour lesquelles la Cour de cassation a refusé aux tribunaux judiciaires le droit d'examiner le détournement de pouvoir proprement dit.

III. — Il résulte suffisamment de ce qui vient d'être dit que le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, dont nous aurons, ultérieurement, encore à préciser le caractère juridique propre, ne peut porter directement sur le pouvoir discrétionnaire lui-même. Celui-ci est, en effet, la faculté, pour l'administration, d'apprécier librement certains éléments de son activité, soustraits à tout contrôle contentieux, l'exercice de ce pouvoir ne pouvant donner lieu qu'à des appréciations de pure opportunité dont les tribunaux, aussi bien ceux de l'ordre judiciaire que ceux de l'ordre administratif, ne sauraient connaître sans sortir des limites de leur compétence (1).

(1) Nous tenons à reproduire ici le passage de l'étude déjà citée de M. BONNARD dans lequel l'auteur précise ainsi les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration. « Il n'y a pas, dit-il (*loc. cit.*, p. 372 « et s.), pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation de l'existence matérielle « ou légale des motifs. Le Conseil d'Etat contrôle non seulement les « erreurs de droit, mais aussi les erreurs de fait qui ont pu être com- « mises et qui font qu'en réalité les motifs sont inexistants. Toutefois, « il y a une restriction: il faut que les motifs soient exprimés dans le « dispositif de l'acte ou tout au moins résultent des pièces versées au « dossier.

« Pour l'appréciation de la valeur des motifs et de l'opportunité de « la décision, une distinction est faite. Le pouvoir cesse d'être discrétionnaire aussi bien pour les motifs que pour la décision elle-même, « lorsque la loi fixe les motifs de la décision, précise dans quel cas il « y aura lieu de prendre une décision et quelle décision devra être



Il doit donc être entendu que le contrôle de la moralité exercé par le juge ne peut atteindre que les actes qui, bien que réguliers au point de vue purement légal, ne répondent pas aux exigences d'une bonne administration, dont l'appréciation ne peut évidemment être discrétionnaire de la part de l'autorité administrative.

Par ailleurs, la question de ce contrôle ne se posera, en principe, que pour les actes qui impliquent un certain élément discrétionnaire pour l'administration et ne sont pas en tous points assujettis aux préceptes formels édictés par le législateur. Lorsque la compétence de l'administrateur est *absolument* liée par la loi, lorsque pour la solution d'un cas d'espèce celui-ci n'a qu'à se conformer à une injonction *nette et précise* contenue dans une disposition légale, l'irrégularité du but de l'acte est sans importance. En ce cas la décision administrative doit déjà être annulée pour violation de la loi de fond lorsqu'elle est viciée; d'autre part, elle serait absolument inattaquable dans les cas où, bien qu'inspiré par des intentions peu avouables, l'agent public se serait borné à obtempérer purement et simplement à une prescription formelle et inéluctable.

Cependant, étant donné que la loi, constatation normative souveraine, faite par le pouvoir législatif, des rapports nécessaires existant entre des êtres conscients du groupe social, est, par là-même, l'expression de la règle *morale et rationnelle* mise en œuvre en vue de la poursuite d'un but pratique, l'irrégularité d'un acte administratif tendant à se mettre en contradiction avec l'injonction légale, pourra, si l'on tient à donner satisfaction à un besoin d'unité, être considérée comme une atteinte au principe de la moralité administrative lui-même; celui-ci impliquerait donc égale-

« prise. Au contraire, quand la loi se borne à établir la compétence « sans préciser les conditions pour son exercice, il y a pouvoir discrétionnaire.

« Pour le but, il n'y a jamais pouvoir discrétionnaire, ni pour le « déterminer, ni pour apprécier si l'acte poursuit réellement le but « prévu. Le Conseil d'Etat est toujours juge du détournement de pouvoir, c'est-à-dire du but poursuivi par l'acte... ».

ment l'interdiction, pour tout administrateur, d'enfreindre formellement les règles, présumées conformes au bien commun, portées par le législateur.

L'intérêt de la question, telle que nous la posons, est le suivant : si l'on part du point de vue de la délimitation stricte du contrôle de la légalité proprement dite et de celui de la moralité, on sera — réserve faite de l'application éventuelle du contrôle de la constitutionnalité de la loi — facilement porté à admettre, sans exception, l'annulabilité de tout acte non absolument conforme à l'injonction légale, alors que le point de vue tendant à l'établissement d'un domaine d'application très large du contrôle de la moralité, jusqu'à lui faire absorber, en quelque sorte, le contrôle de la légalité, peut amener le juge à admettre *sans difficulté* la correction juridique parfaite de toute mesure administrative particulière imposée par les nécessités de l'heure et les exigences spéciales de la situation, bien que non absolument conforme à la règle générale. Il s'agirait, en somme, ici d'un déplacement du contrôle contentieux de l'*objet* même de l'acte administratif vers un contrôle de la *fin* spéciale poursuivie par l'acte.

Allons plus loin et reconnaissons qu'en droit tout se ramène, en dernière analyse, à des questions de moralité et de conformité des actes particuliers à certaines fins spéciales déterminées par les règles supérieures régissant les activités humaines. Il n'est pas téméraire d'admettre que l'activité d'une personne poursuivie de bonne foi et en vue de buts parfaitement légitimes, conformes à la morale sociale, doit, en principe, pouvoir prétendre à la protection du droit, alors même que cette activité irait, dans une certaine mesure, à l'encontre d'une disposition formelle de la loi. Il ne faut pas oublier que la loi, qui, d'ailleurs, ne saurait tout prévoir, n'est pas encore toute la justice et qu'elle ne bénéficie, au fond, que d'une présomption de conformité aux principes supérieurs du droit. Or, par elle-même, toute présomption, si utile soit-elle, ne peut avoir qu'une valeur provisoire.

Qu'on ne dise pas que, dans ces conditions, nous faisons trop bon marché de la règle légale. Car, tout d'abord, il reste qu'il est raisonnable de présumer que celui qui aura agi contrairement à l'injonction du législateur s'est rendu coupable d'une violation du droit. Cette présomption a naturellement une très grande force; s'il en était autrement, toute sécurité dans les relations juridiques, dont la loi est un facteur puissant et qui constitue une des bases de l'édifice social de même qu'une des conquêtes les plus précieuses de la civilisation, serait supprimée (1). Mais, d'autre part, la même idée de sécurité exige également que la bonne foi et le sens de la justice ne soient pas écrasés sous le poids des règles abstraites qui, malgré toute l'autorité que leur confère leur qualité d'expression la plus élevée de la technique juridique, ne peuvent avoir qu'une valeur relative. Toute la différence entre le système auquel nous nous rallions et la doctrine classique réside dans le fait, que nous voudrions voir poser en principe, que celui qui aura accompli un acte contraire à la loi doit toujours pouvoir établir que, se trouvant dans des conditions particulières, dont, peut-être, le législateur n'a pu se rendre suffisamment compte, il avait de justes motifs et des raisons très graves de se mettre, dans le cas considéré, en opposition de fait avec la règle formelle, alors que le système traditionnel aboutit, en somme, à la défense de l'autorité absolue de la règle légale en n'admettant pas qu'on puisse faire valoir contre elle des excuses légitimes (Comp. les développements très prudents, entourés de beaucoup de réserves, de M. Fr. GénY au tome IV de son ouvrage fondamental *Science et Technique en droit privé positif*, not. p. 69 et s.) (2).

(1) Sur l'élément de stabilité dans le droit, réalisé dans l'ordre social auquel les règles générales servent d'instruments, cons. M. Hauriou, *L'Ordre social, la Justice et le Droit*, Rev. trim. Dr. civ., 1927, p. 795 et s., not. §§ I et II.

(2) Cf. G. REXARD, *le Droit, la Logique et le Bon sens*, Sirey, 1925, 10<sup>e</sup> conférence: *Le Fait et le Droit* (p. 362 et s.). « Tous les jours, vingt fois par jour, dit l'auteur, des maires, des préfets, passent outre à la

Quoi qu'il en soit, il reste que le frein le plus puissant et, en même temps, le plus souple à l'activité administrative, doit être cherché dans le contrôle juridictionnel de la moralité, qui, en dehors et à côté du contrôle portant sur la légalité proprement dite, révèle les éléments nécessaires à la fixation des limites des pouvoirs exorbitants appartenant naturellement à l'administration.

« légalité stricte... Ils *risquent* l'annulation ou les dommages-intérêts « pour le bien de l'administration et du public. Que de projets sont « soumis pour approbation aux conseils municipaux, qui sont d'ores et « déjà exécutés! Il n'y a pas moyen d'administrer autrement... Tout ce « qu'on peut demander à l'administrateur, c'est la *droiture d'intention* « et la *prudence dans le risque!* Questions de tact et de moralité!... « Nombre de lois n'ont d'autre sens que de faire peser un risque sur « ceux qui les violeraient *malhonnêtement!* » (V., d'ailleurs, ci-dessous p. 451, note 2).

---

## CHAPITRE II

### Les éléments du contrôle juridictionnel de la moralité administrative

---

Les développements succincts que nous venons de consacrer à l'étude du pouvoir discrétionnaire, considéré spécialement du point de vue des limites qui le restreignent, ont déjà pu nous faire entrevoir le sens et l'importance pratique de ce que nous appelons avec M. Hauriou la *moralité administrative*. Il nous appartient, désormais, de faire ressortir d'une façon plus précise, en reprenant les points déjà signalés ci-dessus, les éléments du contrôle de la moralité exercé par le juge et de justifier, ensuite, le caractère spécial que nous lui attribuons.

Dans une première section, nous attirerons brièvement l'attention sur le contrôle du *but* de l'acte administratif; dans une deuxième section, nous examinerons la question du contrôle des *motifs* de la décision administrative, pris aussi bien dans le sens d'un contrôle de l'appréciation, faite par l'administration, de la situation de fait (ou de droit) ayant occasionné l'acte que dans le sens d'un contrôle de l'existence matérielle des faits déterminants de l'intervention administrative. Nous fixerons, ensuite, dans une troisième section, le caractère propre du contrôle de la moralité, pour terminer, dans une dernière section, par quelques remarques très sommaires dans lesquelles nous attirerons l'attention sur l'élément moral du contentieux de la responsabilité administrative.

## SECTION I

## Le contrôle du but de l'acte administratif

- I. Le contrôle contentieux des fins poursuivies par l'administration. —  
II. Le détournement de pouvoir.

I. — En général, lorsqu'il est question de la moralité d'un acte, on envisage surtout le *but essentiel* poursuivi par l'auteur de cet acte. Car c'est d'après ce but que doit être appréciée la valeur morale de la conduite de celui qui accomplit un acte. En conséquence, le contrôle juridictionnel de la moralité administrative portera, avant tout, sur la fin que s'est proposée l'auteur d'un acte administratif.

Notons, d'ailleurs, que, d'une part, en cas de *pluralité* de fins poursuivies par l'activité administrative, ce sera toujours la fin *principale* ayant déterminé l'action de la personne agissante qui, seule, entrera en ligne de compte pour l'appréciation de la valeur juridique de l'acte et que, d'autre part, en cas de pluralité de motifs *déterminants* l'acte sera sauvé de l'annulation pourvu que l'un seul de ces motifs soit régulier.

Il importe cependant de remarquer que ce n'est pas tant le but dont la poursuite était dans les intentions de l'auteur même de l'acte qui devra être pris en considération pour l'application du contrôle du juge, que le but qui apparaîtra comme étant la fin à laquelle tend l'acte *pris en lui-même* et qui se révélera soit dans les motifs, soit dans le dispositif, soit dans l'ensemble des circonstances se trouvant à la base de l'acte considéré.

Dans cet ordre d'idées, on écartera facilement le point de vue qui s'appliquerait, tout d'abord, à rechercher les *intentions précises* de l'auteur d'un acte administratif pour aboutir à un jugement de valeur ; en effet, quoiqu'en réalité le but déterminant ne se découvre que dans la volonté même de la personne agissante et que l'acte

ne puisse, à proprement parler, poursuivre par lui-même un but déterminé, il serait, à coup sûr, trop délicat, sinon impossible, de pénétrer le fond de la conscience de l'agent, de scruter sa pensée intime pour arriver à une appréciation à peu près juste de la valeur morale de l'acte accompli par lui. Prétendre, ainsi, se livrer à un contrôle des intentions secrètes ayant pu guider l'administrateur dans l'accomplissement de sa fonction, ce serait entraver inutilement l'activité administrative et compromettre même la bonne marche des services publics, qui ne peuvent fonctionner régulièrement qu'à la condition que l'agent administratif jouisse d'une liberté assez large, et courir le risque de voir attaquer un grand nombre d'actes administratifs présentant par eux-mêmes une réelle utilité pratique quelles qu'aient pu être les pensées intimes de ceux dont ils émanent.

Il résulte de ce qui précède que le contrôle du but de l'acte administratif ne peut être un contrôle à caractère *absolument* subjectif, en ce sens qu'il tendrait, avant tout, à dégager les idées personnelles de l'auteur pour les censurer par l'annulation de l'acte ; c'est, dans une certaine mesure, un contrôle à caractère *objectif*, où le juge se borne, en vue de l'appréciation des buts poursuivis par l'administration, à fixer d'abord la valeur intrinsèque des motifs et la nature du dispositif, en les comparant, en cas de besoin, aux circonstances extérieures servant de fondement réel à l'acte attaqué. C'est là, du reste, encore une conséquence du principe bien connu d'après lequel le contentieux objectif est essentiellement un procès fait à l'acte et non à la personne même de l'agent administratif.

D'ailleurs, sur tous ces points, si l'on ne veut pas courir le risque d'affaiblir, à sa base même, le *principe d'autorité*, auquel nous restons fermement attaché, il faut partir toujours de l'idée qu'un acte administratif qui revêt toutes les formes requises par le droit et qui est accompli selon les procédures administratives habituelles doit, de prime abord, être présumé conforme aux règles dictées par le

postulat de la bonne administration. La censure d'une décision exécutoire est toujours chose très délicate, quoique souvent nécessaire; et ce n'est qu'avec une extrême prudence qu'il faut avancer sur ce terrain parsemé d'obstacles multiples. Ainsi que l'a très justement remarqué M. L. Michoud, auquel on pourrait peut-être reprocher un excès de scrupules et qui n'a, du reste, pas aperçu le profit que l'on peut tirer du principe extralégal de la moralité administrative, le contrôle du but de l'acte, bien que reposant, en théorie, sur une base *subjective*, prendra, dans la *pratique*, l'allure d'un contrôle à caractère *objectif*; s'effectuant dans bien des cas par voie de détermination négative, il soulève d'abord la question de savoir si l'acte n'est pas vicié par l'absence apparente de buts réguliers sans impliquer nécessairement la recherche directe du motif *précis* ayant déterminé l'action de l'administrateur (1).

(1) Nous ne pouvons mieux faire que de reproduire ici certains passages de l'étude déjà citée de M. Michoud ayant trait aux caractères généraux du contrôle du but de l'acte administratif. L'auteur s'exprime ainsi (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 38 et s.):

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

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



II. — C'est ce contrôle du but poursuivi par l'acte administratif qui a trouvé son expression juridique dans le contrôle du *détournement de pouvoir*, une des ouvertures les plus intéressantes au recours pour excès de pouvoir, que nous distinguerons du contrôle de la *violation de la loi*, proprement dite, en dépit des tentatives qui ont été faites, à diverses reprises, par la plupart des auteurs pour le faire entrer dans les limites de ce dernier. Le détour-

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

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

Cette argumentation est évidemment très judicieuse; elle est bien de nature à démontrer le caractère essentiellement objectif de la théorie du contrôle contentieux des buts des décisions administratives. Le seul reproche qu'on pourrait peut-être lui faire, quant au fond, c'est que, tout en révélant certains aspects intéressants des procédés de découverte du détournement de pouvoir, elle donne une analyse par trop rigoureuse des moyens appliqués par la jurisprudence dont les méthodes d'investigation n'ont jamais présenté une fixité aussi marquée.

nement de pouvoir, qui s'est définitivement affirmé vers 1860, a pris aujourd'hui un essor inattendu, de sorte qu'il constitue actuellement l'une des branches les plus remarquables des recours contentieux administratifs. Nous aurons l'occasion de l'étudier de plus près et d'en préciser l'importance dans nos développements ultérieurs (V. ci-dessous pages 144 et s.).

Remarquons cependant, dès à présent, que le moyen du détournement de pouvoir ne saurait s'appliquer aux actes accomplis en conformité stricte avec les injonctions portées par la loi. Comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus (1), le but de l'acte ne peut être contrôlé et censuré par l'autorité juridictionnelle d'une manière spéciale que dans les cas où l'administration agit avec une certaine liberté eu égard à la règle légale. Un acte accompli par l'autorité compétente en plein accord avec les prescriptions formelles de la loi ne pourrait, sous notre régime de légalité, être censuré par un tribunal quel qu'il soit, sous prétexte que le but poursuivi par son auteur présentait apparemment un caractère de malveillance.

## SECTION II

### **Le contrôle contentieux de la matérialité et de l'appréciation des faits se trouvant à la base de l'acte administratif et le contrôle de la décision elle-même (Contrôle juridictionnel des motifs de la décision exécutoire)**

- I. Examen de l'erreur de fait et de l'incompétence *ratione materiae*. —
- II. Examen de la valeur en fait de la décision exécutoire. —
- III. L'illégalité légitime. — IV. Le juge de l'excès de pouvoir n'est pas juge d'appel de la décision exécutoire.

I. — Il semblerait qu'avec l'exposé de la théorie du contrôle du but de l'acte administratif on eût épuisé à peu près tout le problème du contrôle juridictionnel de la moralité

(1) V. page 52.

administrative. En effet, la question de moralité ne devrait, à vrai dire, pouvoir être soulevée qu'à l'occasion de l'appréciation directe d'une intention, des buts mêmes ayant déterminé la volonté d'une personne. Ce sont bien là les éléments propres qui, avant tout, fixent la valeur morale des manifestations de volonté, et cela est vrai aussi bien pour les actes de personnes agissant pour leurs intérêts privés que pour les actes de ceux qui, comme les agents de l'administration, interviennent, en vertu de leurs fonctions, dans l'intérêt public.

Or, nous rappelons qu'un acte administratif, quoique correct eu égard au but apparemment poursuivi par son auteur, peut présenter certains vices qui ne constituent pas une *illégalité* proprement dite, vices tenant soit à la méconnaissance de limites *internes* de la fonction administrative, soit à des *erreurs* dans l'appréciation des faits et qui font que l'acte vicié, sans violer formellement ni la loi de fond, ni même, d'une façon directe, la loi de but proprement dite, est de nature à rompre le juste *équilibre* qui doit exister entre le droit et les faits.

Aujourd'hui, la jurisprudence n'hésite plus à dépasser le point de vue de la moralité proprement dite pour admettre l'examen contentieux, tant de l'existence en fait, c'est-à-dire de la matérialité des motifs immédiats de l'acte par ailleurs légal (question de *l'erreur de fait*), dont on peut rapprocher le contrôle de la valeur en droit des motifs (*erreur de droit*), que de la question de savoir si, dans des cas déterminés, l'administration s'est tenue exactement dans les limites de sa mission générale lui interdisant d'entreprendre sans nécessité sur le domaine normalement réservé à la vie privée (théorie de la compétence *ratione materiae*).

Ce contrôle, nous l'appellerions volontiers le contrôle de la *rationalité* des mesures administratives en ce sens qu'il vise à sanctionner des règles qui, dépassant le simple point de vue de la moralité, imposent à l'autorité administrative l'exécution *rationnelle* des lois de droit public et le respect absolu de l'idée même de la fonction publique.

Réflexion faite, on peut cependant encore rattacher cette idée de rationalité à celle de moralité.

Tout d'abord, il ne faut pas oublier que le contrôle s'exerçant sur le but d'un acte administratif est un contrôle du fait au sens large de ce mot ; car, très souvent, ce n'est que par la vérification de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu qu'il est possible d'arriver à une conclusion quant au but réel de l'acte attaqué. Or, même si le but poursuivi n'est pas incriminé d'une façon immédiate et si l'examen du juge ne doit porter que sur la question de savoir si les raisons invoquées par l'agent, dans l'exercice de sa compétence, ou les nécessités justifiant l'intervention administrative dans le domaine économique existent en fait, la constatation de l'absence de ces motifs pourra, dans beaucoup de cas, faire présumer une incorrection quelconque du but en apparence régulier.

D'autre part, il y a lieu d'admettre qu'en principe, l'erreur de fait volontaire, de la part de l'administration, ne doit entraîner l'annulation de l'acte que s'il apparaît que le but même ayant déterminé l'intervention administrative est contraire aux règles de la bonne administration ; dans ce cas, il y aura donc confusion absolue de la théorie de l'erreur de fait avec celle de la moralité administrative proprement dite.

En tout cas, la théorie de l'erreur de fait ou de la rationalité des décisions administratives n'a pu se développer que grâce à la théorie du détournement de pouvoir qui, la première, avait mis en évidence l'idée fondamentale de l'institution administrative qui postule l'assujettissement complet du *pouvoir* à la *fonction*. Nous ne faisons ici qu'indiquer la question que nous retrouverons plus tard lors de l'examen des solutions jurisprudentielles (V. ci-dessous p. 314 et s.).

II. — Poursuivant l'examen des éléments de l'acte administratif susceptibles de donner lieu à l'application du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, nous reve-

nons à une question déjà rencontrée plus haut, lors de l'étude du pouvoir discrétionnaire (1), question de savoir si l'appréciation, faite par l'administration, de la valeur des antécédents ou motifs *immédiats* (reconnus existants et dûment qualifiés) de l'acte et de la *nature* de la décision, intervenue en vue de la poursuite d'une fin régulière, peut tomber sous la prise du contrôle du juge faisant application des règles découlant du principe de la bonne administration. Le juge peut-il vérifier si l'administration a fait de la bonne police ? Peut-il rechercher si, en prenant une mesure disciplinaire contre un fonctionnaire s'étant rendu coupable d'une faute professionnelle, le supérieur hiérarchique a bien apprécié la gravité de cette faute ?

Il faut évidemment répondre par la négative. Car, si le législateur ne l'a autrement entendu, l'administrateur reste absolument libre d'apprécier souverainement la valeur des motifs de ses actes et l'*opportunité* de la décision à intervenir, pourvu que le but poursuivi soit conforme aux principes de la bonne administration et que l'acte soit fondé en droit ou en fait. Il n'appartient jamais à l'autorité judiciaire de contester le *bien-fondé* d'un acte administratif qui, ayant été accompli dans des conditions par ailleurs régulières, ne réunirait pas les éléments de fait suffisants pour mériter d'être qualifié d'opportun. La valeur *en fait* des motifs de ces actes ne peut faire l'objet d'aucun débat contentieux, parce que la mission propre du juge consiste à dire le droit et non pas à administrer.

On s'est souvent trompé à ce sujet. Nous avons déjà indiqué qu'on a voulu prétendre, à différentes reprises, que le Conseil d'Etat contrôlait parfois la décision dans ses éléments abandonnés à l'appréciation discrétionnaire de l'administration, oubliant que si cela semblait être vrai dans certains cas on en peut trouver une explication toute naturelle.

En effet, pour découvrir le but vicié au sens des principes

(1) V. ci-dessus p. 47 et s.

de la bonne administration, le juge doit examiner *l'ensemble* des éléments dont peut s'induire le vice du but de la décision entreprise. Ces éléments lui seront avant tout fournis par le *contenu* de la décision. Or, c'est le défaut apparent d'opportunité de cette décision qui, seul, permettra souvent la découverte du but irrégulier poursuivi par l'auteur de l'acte. En ce cas, nous l'avons déjà indiqué lors de l'étude du pouvoir discrétionnaire, l'acte sera annulé par le juge non pas parce qu'il est inopportun, mais parce qu'il apparaît d'après les motifs mêmes de la décision que la fin poursuivie par l'acte est étrangère à la bonne administration.

« Les motifs et le but, dit très bien M. Bonnard (*op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1923, p. 371 et 372), ne sont pas des éléments de l'acte entièrement étrangers l'un à l'autre. Il y a une certaine corrélation entre eux. En effet, si l'acte ne poursuit pas le but voulu, il se trouvera toujours que les motifs auront été incorrectement appréciés soit quant à leur *existence*, soit quant à leur *valeur*. Ainsi, si une répression disciplinaire poursuit un but autre que son but régulier, par exemple un but de vengeance personnelle, il en résulte forcément qu'on aura affirmé l'existence d'une faute inexistante ou exagéré la faute commise.... l'examen du but de l'acte entraîne l'examen des motifs, puisque le but irrégulier comporte des motifs irréguliers ».

Si le juge ne peut, pour contenir l'activité administrative dans la poursuite de ses buts propres et sanctionner efficacement l'observation des règles découlant du principe de la bonne administration, scruter les pensées secrètes de l'auteur d'un acte attaqué, du moins doit-il, dans l'exercice de son droit de contrôle, tenir compte de tous les éléments de la décision et, malgré les prérogatives et les libertés reconnues à l'administration active, vérifier, dans une certaine mesure, l'opportunité, c'est-à-dire la *valeur en fait*, de la décision en vue d'arriver à des conclusions certaines lui permettant de rendre un jugement réfléchi sur ceux des éléments de l'acte qui ne sauraient être abandonnés

à la discrétion de l'administration (1). Nous touchons ici à la question de la distinction du *droit* et du *fait* mentionnée au chapitre I<sup>er</sup> auquel nous nous bornons à renvoyer (V. ci-dessus p. 50).

III. — Nous rappelons ensuite une fois de plus que la question du contrôle de la moralité ne peut se poser lorsque l'administration se borne purement et simplement à appliquer une loi donnant des directives *précises et impératives*. Dans les cas où l'agent administratif contrevient à un précepte porté par le législateur, les tribunaux ne pourront, en règle générale, que constater l'illégalité de la mesure prise, sans entrer dans des considérations de moralité ou de fait, l'acte étant annulé par le Conseil d'Etat, sur recours pour excès de pouvoir, sans qu'il soit besoin d'alléguer spécialement un grief tiré d'une prétendue irrégularité du but de l'acte attaqué.

Il est vrai qu'un acte qui se trouve en contradiction avec la règle supérieure formelle pourra, de ce fait, ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus (2), être considéré comme portant également atteinte à un principe de moralité, du moins lorsque l'intervention de l'agent administratif avait réellement pour but de contredire la règle légale. Et cette considération mérite d'autant plus d'être retenue qu'elle présente un intérêt évident dans les cas où l'administration enfreint après mûre réflexion la règle formelle, l'application stricte de celle-ci pouvant, dans des circonstances *exceptionnelles*, produire un effet absolument contraire aux principes de la bonne administration. De tels actes sont

(1) Cf. dans cet ordre d'idées, L. MICHOUX, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1913, p. 453 et s. où l'auteur montre qu'on s'est trompé lorsqu'on a cru que le Conseil d'Etat jouait, dans certains cas, le rôle de supérieur hiérarchique, contrôlant l'opportunité des décisions administratives. V. aussi M. RÉGLADE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1925, p. 413 et s. — Cf. Le FUR, *La protection juridique des franchises locales*, *Rev. gén. d'adm.*, 1911, t. I, p. 385 et s.; concl. TEISSIER dans l'aff. *Marc* du 5 juin 1908 S. 09.3.113.

(2) V. p. 52 et s.

maintenus par le Conseil d'Etat (1) pour des motifs rationnels, parce que l'administration, consciente de ses devoirs, s'est, en somme, bornée à tirer les conséquences *inéluçtables* de circonstances particulières situées en dehors des prévisions du législateur.

Mais de telles réflexions nous font déjà sortir du cadre *strict* du contrôle contentieux de la moralité administrative; elles nous font entrer dans le domaine de ce qu'on a appelé le *contrôle du fait* proprement dit, soit même, comme on l'a prétendu, dans celui du contrôle de la *constitutionnalité* de la loi ordinaire (2) envisagé comme sanctionnant l'idée fondamentale de l'institution administrative, c'est-à-dire l'obligation pour l'administration de poursuivre toujours les fins précises déterminées par le Bien public, dût-elle s'écarter, dans l'accomplissement de sa tâche, des dispositions législatives; il va sans dire que celles-ci ne sauraient être appliquées telles quelles et sans exception à tous les cas concrets qui peuvent se présenter sans entraver d'une manière flagrante la bonne marche des services publics.

IV. — Une dernière remarque s'impose. On a voulu prétendre que là où le Conseil d'Etat contrôlait le fait pour en tirer des conclusions de droit, le haut tribunal ne faisait que suivre, en cela, la pratique de tous les tribunaux de l'ordre judiciaire qui sont bien obligés d'examiner les points de fait afin de pouvoir dire le droit en connaissance de cause. Ainsi le contrôle prétendu extraordinaire exercé par le Conseil d'Etat sur les décisions exécutoires de l'admi-

(1) V. à ce sujet les arrêts du Conseil d'Etat des 7 août 1909 *Winkell* S.09.3.145 et 1<sup>er</sup> mars 1912 *Tichit* S.13.3.137 avec les notes de M. HAURIU. V. aussi toute la jurisprudence de guerre du Conseil d'Etat ainsi que l'arrêt *Couitéas* du 30 novembre 1923, *Rev. dr. p.*, 1924, p. 75 et s.

(2) Pour le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, cons. M. HAURIU, *Précis de Droit constitutionnel*, 1923, p. 302 et s.; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 659 et s.; André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Sirey 1928; G. JÈZE, *Rev. dr. p.* 1924, p. 399 et s.



nistration ne présenterait rien que d'absolument normal (1).

Ceux qui émettent pareille opinion ne tiennent pas suffisamment compte du fait que le juge de l'excès de pouvoir *n'est pas juge d'appel* des décisions administratives. Aucun parallélisme ne peut être établi en ce sens entre l'activité administrative se réalisant par la décision exécutoire et l'activité privée, lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère propre du contrôle contentieux de l'excès de pouvoir (2).

Toute décision exécutoire a une valeur juridique indépendante de son contenu ; en tant qu'affirmation même de la puissance publique, elle produit, par sa seule vertu, des effets de droit unilatéraux. On ne saurait admettre qu'elle fût critiquée à la légère et, surtout, elle ne souffre pas *l'appel* proprement dit, contrairement à ce qui se produit pour les actes de la vie privée, objet d'un litige, qui n'ont par eux-mêmes et indépendamment de leur contenu aucune valeur juridique propre. Nous rappelons que si cette différence qui existe entre le contentieux objectif de la décision exécutoire, d'une part, et le contrôle juridictionnel de l'activité privée, d'autre part, tient d'abord, comme nous venons de le dire, au caractère d'*autorité publique* dont jouit l'administration, ainsi que, d'ailleurs, à la *confiance* que toute affirmation de l'autorité légitime a le droit de revendiquer, elle est également due au fait que l'administration doit assurer d'une façon *continue* la marche régulière des services publics ; la régularité de ses actes doit donc, en général, être admise avant toute appréciation des faits sur lesquels ils portent, alors que les manifestations de la liberté indivi-

(1) Cf. Marc RÉGLADE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1925, p. 425; Jean DEVAUX, *La protection des « sites » et des monuments naturels de caractère artistique*, *Rev. dr. p.* 1925, p. 257.

(2) A la différence du contentieux *objectif*, le contentieux *subjectif*, c'est-à-dire le contentieux de l'opération administrative, porte nécessairement sur les circonstances de fait de l'action administrative puisqu'il met en jeu la responsabilité de l'administration qui est engagée par des faits d'exécution ou les conséquences de fait résultant de ses décisions.

duelle, n'impliquant par elles-mêmes aucune affirmation de droit autoritaire, sont dépourvues de cette vertu juridique propre qui s'imposerait d'emblée, sans contrôle préalable.

### SECTION III

#### Le contrôle de la moralité est-il un contrôle de la légalité ? Caractère propre du contrôle de la moralité

I. Opinions de la doctrine. — II. Discussion du caractère juridique du contrôle juridictionnel de la moralité (moralité ou rationalité ?)

Après avoir fait entrevoir dans les développements qui précèdent l'importance du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, après avoir indiqué également les points précis où cesse le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative pour donner prise au contentieux de la moralité, ce qui nous a amené, en quelque sorte, à préjuger déjà la question de l'existence d'une *moralité administrative* ayant ses règles propres et distincte des autres principes régissant l'activité des agents administratifs, il nous appartient maintenant de revenir sur certaines idées déjà touchées ci-dessus, d'une façon un peu sommaire, pour apporter à cette place les justifications indispensables.

I. — La doctrine nie, en général, l'existence de ce qu'à la suite de M. Hauriou nous appelons le contrôle contentieux de la *moralité administrative*. Tout au moins, si les auteurs ne contestent pas qu'il existe une *moralité administrative*, ils ne considèrent pas, ou, du moins, ne font pas suffisamment ressortir qu'elle forme un ensemble de principes ayant un caractère propre (1).

(1) M. ALIBERT reconnaît, cependant, que « la théorie du détournement « de pouvoir est la défense de la *moralité administrative* » (op. cit., p. 236); M. APPLETON (*Traité élémentaire du contentieux administratif*,

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler la tendance générale qui consiste à voir dans les actes de l'administration poursuivant des fins contraires au bien du service, tout en se tenant *apparemment* dans les limites formelles fixées par le législateur, des atteintes portées à la règle légale elle-même. Nous savons que c'est là la doctrine défendue par M. Michoud et de ceux qui se sont inspirés des idées du maître.

Si M. Michoud (*Ann. Gren.*, 1913 et 1914) concède « que la loi écrite n'est pas un système fermé, qu'elle n'a pas réponse à toutes les questions et que, là où elle se tait, le juge doit suppléer à son silence en dégageant lui-même la règle de droit à appliquer », il estime cependant que le détournement de pouvoir, que nous considérons comme exprimant de la façon la plus complète la théorie de la moralité administrative, est « une véritable *violation de la loi* », qu'il constitue bien une « illégalité » et qu'il est tout à fait inexact de voir dans le contrôle juridictionnel réprimant le détournement de pouvoir « un examen du contenu sur la moralité administrative, si on entend par là que ce contrôle de moralité n'est pas en même temps un contrôle de légalité ». Il est vrai que l'attitude de cet auteur lui a été, en partie, dictée par le fait qu'il confond comme à plaisir *moralité* avec *opportunité*, laquelle appartient, comme nous l'avons déjà constaté, à un tout autre ordre d'idées.

D'autres auteurs, visant plus spécialement l'erreur de fait, s'ils reconnaissent que ce que nous appelons l'immoralité administrative, ne constitue pas une atteinte à la loi de fond proprement dite, affirment qu'il s'agit là de violations de la loi de *compétence*.

« Nous prétendons, dit M. Marc Réglade (*loc. cit.*, p. 426) « après avoir, d'ailleurs, admis que le détournement de pouvoir constitue une illégalité au sens propre de ce mot,

Dalloz, 1927, p. 622) affirme que la théorie du détournement de pouvoir oblige l'administration « à respecter la *moralité administrative* ». — Cf. encore note de M. Jean DEVAUX au D. 28.3.33.

« que l'illégalité dont il s'agit lorsque le Conseil d'Etat examine les motifs dans un cas d'erreur de droit ou d'erreur de fait, se rattache non à la violation de la loi du fond, mais à l'*incompétence*, en est une variété ou au moins un dérivé comme le vice de forme ou le détournement de pouvoir ».

D'autre part, M. Bonnard (*loc. cit.*, p. 366) affirme que dans les récents développements du recours pour excès de pouvoir « on reste bien dans le contrôle de la légalité, parce que le Conseil d'Etat n'intervient que dans le domaine de la *compétence liée* ». « Sans doute, dit-il, c'est un contrôle qui est tous les jours mieux compris ; mais il reste tel. Il n'y a même pas création d'un nouveau cas d'ouverture. Les nouvelles hypothèses envisagées rentrent très bien dans les cas de *violation de la loi*, en entendant, il est vrai, la loi dans un sens large, en y comprenant, non seulement la règle écrite, mais aussi la règle coutumière ». En ce qui concerne spécialement le contrôle du détournement de pouvoir, l'auteur soutient (p. 390 et s.) que « le juge reste bien dans le domaine de la légalité, parce que le fait de poursuivre un certain but déterminé est une condition de légalité de l'acte... Ainsi la loi fixant le but de l'acte en fait une condition de légalité. Par suite le juge, en examinant si l'acte poursuit bien ce but, ne fait que contrôler la légalité de l'acte. Il ne se fait pas juge de la moralité administrative », de l'*opportunité* des décisions, puisqu'il n'y a jamais de la part de l'agent administratif libre appréciation sur le point de savoir si l'acte est conforme au but prévu ». A remarquer qu'encore ici il y a confusion entre *moralité* et *opportunité* (1).

(1) Notons que R. v. LAUN consacre tout un passage de son livre déjà cité à la critique de la théorie de la moralité administrative. Il apparaît nettement que cet auteur, qui s'est cependant efforcé de pénétrer l'esprit du détournement de pouvoir, n'a pas compris le sens de la théorie telle qu'elle a été notamment conçue par M. HAURIOL. Plaçant le débat sur le terrain du *pouvoir hiérarchique* exercé par les chefs sur les agents subordonnés, sans s'apercevoir que la théorie vise surtout les

Quant à M. Jèze, il ne recherche pas le fondement dernier des problèmes qui se posent en pareille matière ; il se contente de constater les phénomènes juridiques sans en approfondir le sens ; remarquons, d'ailleurs, qu'il est plutôt disposé à repousser l'idée de la moralité administrative.

Les doctrines que nous venons de passer en revue, si elles contiennent une certaine part de vérité, partent néanmoins d'une analyse quelque peu inexacte des données du problème.

Certes, en théorie pure, il n'est pas faux de dire que le législateur, en consacrant formellement certains droits de l'administration ou en admettant, pour le règlement de situations de fait déterminées, l'intervention administrative, sous-entend que l'action des agents publics ne peut jamais s'exercer qu'en vue du *bien du service*. On ne peut nier, d'autre part, que l'existence de certains motifs et la poursuite d'un intérêt public réel ne soient, en quelque sorte, une condition mise par la loi de *compétence* à l'exercice des facultés légales appartenant à l'administration, que ce ne soit le bien du service qui détermine la compétence de l'agent administratif. Mais il faut bien reconnaître que toutes ces théories, relativement simples, qui détournent, d'ailleurs, les concepts juridiques de leur signification technique précise et aboutissent à des contradictions évidentes, ne vont pas au fond du problème. Car il s'agit précisément de savoir comment ces règles limitant le pouvoir discrétionnaire de l'administration ont pu s'affirmer et s'imposer dans notre droit public alors qu'il est généralement admis que le texte de loi ne fournit par lui-même aucune directive bien nette à ce sujet.

décisions prises par des organes autonomes dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, il arrive à la conclusion surprenante que la prétendue moralité administrative n'est dans les Etats à gouvernement parlementaire rien d'autre que la *volonté de la majorité parlementaire*. (« Die sogenannte « moralité administrative » ist im wesentlichen in parlamentarisch regierten Staaten nichts anderes als der Willé der Parlamentsmajorität, in konstitutionellen Monarchien und Präsidentschaftsrepubliken eine Komponente zwischen dem Willen des Staatsoberhauptes und jenem des Parlaments » ; *op. cit.*, p. 153).

II. — a) Voyons d'abord, en nous limitant au détournement de pouvoir, comment les choses se passent en réalité.

Il n'est guère contestable que lorsque l'administrateur prend une décision tendant à une fin irrégulière, il n'entend pas du tout, dans la plupart des cas, se mettre en opposition avec la règle légale. Bien au contraire, n'ayant nullement l'intention d'émettre, à l'occasion de son intervention, une *prétention de droit* proprement dite, d'affirmer une *règle* contredisant les prescriptions formelles de la loi ni même la prétendue loi de compétence, il tient à rester absolument dans les limites qui lui sont tracées par le droit positif. Tout ce qu'on peut soutenir, c'est qu'en agissant pour des fins étrangères au bien du service, l'agent administratif prend *prétexte* de la disposition légale pour sortir du cadre de l'institution et commettre, en quelque sorte, un acte d'indiscipline. Or, il faut bien admettre que pareille conduite ne s'apprécie nullement sur la seule base des prescriptions formelles édictées par le législateur qui, d'ailleurs — nous le rappelons une fois de plus — ne peut fournir, pour les solutions concrètes, que des directives bien vagues, mais sur le fondement de données administratives *internes* déduites de la nature *fonctionnelle* des droits administratifs et de l'esprit, non pas de la *loi*, mais de *l'institution* considérée en elle-même.

On peut remarquer qu'en dépit des termes souvent impropres employés par le Conseil d'Etat, le contrôle contentieux du but de l'acte administratif vise à censurer les irrégularités commises par les agents administratifs non plus tellement parce que le but poursuivi par l'agent apparaîtra directement comme contraire à l'intention formelle ou implicite du législateur, mais parce que normalement, étant données les circonstances servant de base à l'acte, le but se révélera comme opposé aux principes d'une bonne administration. Or, ceci n'est plus une appréciation de légalité puisque le but n'est pas examiné à la seule lumière de la disposition légale, en vue de donner satisfaction à la volonté du législateur, dont la valeur ne peut être que relative et

dont l'efficacité juridique est théoriquement subordonnée à la règle supérieure de justice, mais un contrôle à caractère essentiellement *disciplinaire* qui tire de l'ensemble des éléments de l'acte, *sur la base de considérations d'espèce*, une conclusion quant à la valeur juridique du but poursuivi.

Ainsi, ce à quoi vise le contrôle que nous appelons le contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*, ce n'est pas tant à rappeler l'administration défailante au *respect de la loi*, l'autorité de celle-ci n'étant nullement menacée par les agissements tendant à des fins irrégulières, qu'à *régulariser le fonctionnement de l'institution administrative en la maintenant dans les limites fixées par les règles disciplinaires qui lui sont propres*. C'est précisément ce caractère particulier du contrôle de la *moralité* qui doit nous amener à le distinguer, en principe, du contrôle de la *légalité* malgré les rapports plus ou moins étroits qui — nous le concédons volontiers — unissent nécessairement ces deux aspects du contrôle objectif exercé par le Conseil d'Etat.

Nous ne pourrions mieux faire que de reproduire ici le point de vue très net exposé par M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Gomel* du 4 avril 1914 (S. 17.3.25).

Faisant plus spécialement la théorie de l'excès de pouvoir, l'éminent doyen déclare : « Il y a dans la notion de l'excès  
« de pouvoir un principe propre qu'il ne faut pas aban-  
« donner parce qu'il est doué d'une plus grande élasticité  
« que le principe de la légalité. Qu'est, en somme, le prin-  
« cipe de la légalité ? Simplement ceci, que toutes les me-  
« sures gouvernementales du droit doivent être subordon-  
« nées à cette source particulière et spéciale qui s'appelle la  
« loi... Le principe de la légalité est une police du *système*  
« *juridique*. Ce n'est pas une police de la *magistrature* ni  
« de l'*administration*.

« Au contraire, le principe de l'excès de pouvoir est une  
« police de la magistrature et de l'administration. L'excès  
« de pouvoir est une sorte de délit professionnel commis  
« au mépris, non pas de la loi, mais de *maximes profession-*  
« *nelles*, dont les postulats peuvent porter beaucoup plus

« loin que les prescriptions de la loi. Il en est de l'admini-  
 « nistration comme des particuliers. On sait qu'un parti-  
 « culier peut commettre bien des vilenies en côtoyant la  
 « loi ; il en serait de même des administrateurs, si la déon-  
 « tologie professionnelle de l'administration n'était pas  
 « surajoutée à la loi, de même que la morale vulgaire s'y  
 « surajoute pour les particuliers. La notion de l'excès de  
 « pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que celle de la  
 « légalité ; elle correspond à la morale, qui est plus étendue  
 « que le droit. C'est ainsi notamment que la notion de l'ex-  
 « cès de pouvoir peut s'appliquer même aux décisions qui  
 « ne contiennent que des appréciations de fait et ne soulè-  
 « vent aucune question de droit. Il y a excès de pouvoir, de  
 « la part de l'administrateur, à apprécier des faits sous  
 « l'empire de la passion politique, ce qui est un cas de  
 « détournement de pouvoir, il y a aussi excès de pouvoir  
 « de sa part à apprécier faussement des faits par suite d'une  
 « erreur de fait, car l'usage du pouvoir administratif com-  
 « porte un minimum de conscience et de diligence profes-  
 « sionnelles. C'est aussi un excès de pouvoir que de ne pas  
 « étudier les questions ; la compétence doit accompagner  
 « le pouvoir...

« L'erreur de fait deviendrait ainsi une cinquième ouver-  
 « ture au recours pour excès de pouvoir..., et ce serait une  
 « nouvelle poussée du principe autonome de l'excès de  
 « pouvoir de l'administration, qui n'est pas du tout le prin-  
 « cipe de la légalité... ».

Il existe donc à côté de la légalité des mesures adminis-  
 tratives, sanctionnée par le recours pour *violation de la  
 loi* proprement dit, une *moralité administrative* sanctionnée  
 notamment par le recours pour *détournement de pouvoir*,  
 qui, le premier, a fourni au Conseil d'Etat l'occasion de  
 dégager les règles de conduite s'imposant à l'administration  
 en vertu de l'esprit même de la fonction administrative.  
 Contester la légitimité de cette distinction, c'est nier l'évi-  
 dence et revenir, en somme, dans une certaine mesure, à



la conception périmée d'après laquelle le système légal épuiserait à lui seul toutes les possibilités juridiques (1).

(1) Dans son *Précis de Droit administratif*, 10<sup>e</sup> édit., p. 424, M. HAURIUO dit, à l'occasion de l'étude du recours pour excès de pouvoir en général : « ... Sous son aspect proprement juridique, l'excès de pouvoir peut « être confondu avec l'illégalité et on peut considérer le recours pour « excès de pouvoir comme un contrôle de la légalité (c'est le cas non « seulement lorsqu'est invoquée l'ouverture de la *violation de la loi*, « mais aussi dans le cas de *violation des formes* parce que les formes « sont généralement réglées par la loi).

« Mais il faut bien se garder d'enfermer l'excès de pouvoir dans la « question de légalité, car il a, en outre, un aspect moral. Il existe une « *moralité administrative* qui impose aux administrateurs des règles de « conduite tirées de la discipline intérieure de l'administration; ces règles « peuvent porter plus loin que les règles légales qui sont imposées du « dehors à l'administration par le pouvoir législatif. Tandis que les « règles légales ne peuvent guère viser que les limites des attributions « légales des administrateurs, les préceptes de moralité administrative « peuvent viser et atteindre ce pouvoir discrétionnaire de l'administra- « teur que nous avons vu consister essentiellement dans la libre appré- « ciation des motifs d'exercer ou de ne pas exercer ses attributions « légales... »

Dans la dernière édition de son *Précis*, M. HAURIUO a quelque peu modifié le passage que nous venons de citer ; notamment, le mot « moralité administrative » a été éliminé. L'auteur ne parle plus que de la « discipline intérieure de l'administration », ce qui, du reste, revient au même et ne change pas le fond de la question (Cf. *Précis*, 11 édit., p. 386).

Il convient de remarquer, dans cet ordre d'idées, que R. v. LAUN, l'auteur autrichien déjà cité ailleurs, tout en niant l'existence d'une moralité administrative telle que nous la comprenons, avait déjà distingué entre les *limites externes* et les *limites internes* du pouvoir discrétionnaire appartenant à l'administration. Pour lui, les limites externes sont imposées à l'administration par la règle légale, alors que les limites internes lui sont fixées par les règles obligeant l'administration à respecter les buts administratifs. Il déclare notamment (*op. cit.*, p. 262) : « Es zeigt « sich nun bei näherer Betrachtung, dass die eben angedeuteten Gren- « zen (Kompetenz, Verfahren, materiellrechtliche Voraussetzungen) « nicht die einzigen sind, welche dem freien Ermessen gezogen sein « können. Es muss neben diesen *äusseren* Schranken, wie wir sie nen- « nen wollen, noch andere, *innere*, geben ». — Notons encore que l'auteur refuse de voir dans les cas de détournement de pouvoir des atteintes à la *loi de compétence* et qu'il repousse énergiquement toutes les tentatives qui ont été faites pour détourner de son sens précis la notion d'incompétence. — V. une critique de la théorie de LAUN relative à la définition des limites du pouvoir discrétionnaire dans L. MICHOUD, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 21. — Comp. égal. l'étude déjà citée de M. E.

La prétendue violation de la loi de compétence ainsi que la prétendue illégalité des mesures entachées de détournement de pouvoir (ou d'erreur de fait) ne peuvent donc avoir de sens que si l'on admet, tout d'abord, l'existence d'une *moralité administrative* se traduisant dans les règles de discipline imposées par l'idée même de l'institution administrative.

b) Nous admettons d'ailleurs volontiers qu'à première vue la notion de « moralité », au sens grammatical de ce mot, ne correspond pas toujours très exactement aux situations qu'il s'agit de caractériser.

Peut-on dire qu'une mesure administrative est entachée d'*immoralité* lorsqu'elle vise un but d'intérêt général irrégulier, certes, mais parfaitement louable. Ne sont immorales, au sens commun de ce mot, que les décisions qui tendent vers le mal et qui poursuivent des fins contraires aux règles de la morale commune. Mais ce n'est évidemment pas dans ce sens que nous prenons ici le mot « moralité ». La moralité administrative que nous visons ne se confond pas avec la moralité commune ; elle est constituée par les *règles de la bonne administration*, c'est-à-dire par l'ensemble des règles de but et de discipline déterminées non seulement par la distinction du bien et du mal, mais, d'une façon plus spéciale, par la mission générale de l'administration et l'idée de la fonction administrative. Du reste, *le mot importe peu, le tout est de s'entendre sur les principes.*

Nous croyons cependant que le mot « moralité », dans l'acception où nous le prenons, peut très bien être défendu :

Il existe un ordre qui règle le déroulement de l'activité

GIRAUD qui distingue entre le contrôle *externe* et le contrôle *interne* des actes administratifs (*Rev. gén. d'adm.*, 1924, p. 310 et s.) tout en critiquant la dénomination de « moralité administrative » consacrée par M. HAURIUO. Il déclare (*loc. cit.*, p. 316) que « violer ces deux principes fondamentaux de la fonction publique qui sont : l'exercice de la compétence en vue du bien public et la spécialité de la compétence, c'est trahir la volonté certaine du législateur plus sûrement et plus gravement que si l'on violait une disposition de détail d'un texte législatif ».

administrative et auquel les actes des administrateurs ne sauraient échapper sous aucun prétexte. Cet ordre est établi pour la garantie du bien public dont l'administration a la charge ; il constitue une puissante sauvegarde du bon fonctionnement des services publics. Violer cet ordre est une action qui nous apparaîtra comme *moralement* répréhensible si nous tenons compte du fait que cet ordre relève, en dernière analyse, d'un tout organique qui est orienté à la fois vers *le Bien* et *le Vrai* et auquel sont nécessairement subordonnées toutes les activités humaines. L'agent administratif qui, méconnaissant la règle de la *séparation des fonctions*, exerce ses pouvoirs de *police* pour la seule sauvegarde du patrimoine administratif agit, certes, dans un but louable *en soi*. Mais si, comme il se doit, on prend soin de situer l'activité de cet agent dans le plan général de l'ordre administratif, on s'aperçoit, sans peine, que l'auteur de l'acte s'est rendu coupable d'une infraction, non seulement à une règle de l'ordre *matériel* de la séparation des compétences et de l'aménagement des fonctions publiques, mais à un principe de *moralité* puisque, en dernière analyse, l'institution administrative, qui postule cet ordre, n'est qu'un reflet particulier de cet ordre général constitué par l'équilibre de toutes les activités sociales en vue de la poursuite du Bien commun (1).

(1) Cet ordre, qui traduit la *finalité* du Droit, nous nous dispenserons de le serrer de plus près, d'abord parce que nous ne pouvons entrer ici dans le détail des problèmes généraux que soulève la philosophie du droit et, ensuite, parce que nous ne voulons pas ouvrir, à propos d'une question de terminologie, le débat sur un sujet aussi grave, qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. On trouvera des vues pénétrantes sur cette matière dans les conférences de M. G. RENARD publiées sous le titre *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Sirey 1927 (V. égal. G. RENARD, *La Valeur de la Loi*, Première Partie, *Le Droit*, p. 5 et s.). — Mentionnons seulement que nous touchons ici au délicat problème du *Droit naturel* sur lequel l'accord n'a encore pu se réaliser et ne se réalisera, sans doute, jamais parce que les positions qu'on adopte généralement en pareille matière dépendent, dans une certaine mesure et quoi qu'on en pense, de certaines croyances et qu'il est difficile, dans ces conditions, de présenter des arguments susceptibles de s'imposer d'une façon *absolue* à la conviction d'autrui une fois que l'on a dépassé certains postulats devant facilement être admis par tout le monde.

Quoi qu'il en soit, nous ne voyons, quant à nous, aucune raison plausible d'écarter cette notion de « moralité » qui, malgré tout, répond à une idée très juste, pour la remplacer par d'autres termes, notamment par la notion de « rationalité », qui, à notre avis et au point de vue de la technique juridique, ne sauraient que prêter à confusion.

On a prétendu, en effet, que l'idée de *moralité* était trop vague pour pouvoir donner lieu à des applications pratiques bien nettes et qu'il y aurait lieu de lui substituer l'idée de *rationalité*, plus précise et éliminant tout élément subjectif basé sur des appréciations purement sentimentales (1).

Certes, nous ne voulons pas contester qu'une décision administrative contraire aux règles de la moralité puisse également être considérée comme *irrationnelle*, parce qu'elle est de nature à aller à l'encontre des règles de correction juridique tirées de la saine interprétation du droit et qu'elle

Certes, le *Droit naturel* ne saurait, à notre avis, être qualifié de « mirage » (v. Paul CUCHE, *Conférences de Philosophie du Droit*, Dalloz, 1928, p. 5 et s.), puisqu'il est impossible de nier les réactions spontanées de la *raison* et de la nature *humaine* dans la réalisation de nos volontés. On doit admettre, par ailleurs, l'existence d'un *Ordre juridique* fondé sur l'*Ordre moral* parce qu'il a formé nos sociétés civilisées, qu'il constitue le fond de notre mentalité et de nos habitudes, et parce qu'il est, en somme, une *nécessité inéluctable*. Mais, si nous cherchons des précisions susceptibles de donner satisfaction à l'esprit, abandonnons, pour le moment du moins, tout espoir de pouvoir faire agréer des postulats dépassant les données du *sens commun*, et que, pour notre part, nous admettons d'emblée, par ceux qui ne partagent pas nos convictions personnelles. Nous savons bien que la Vérité est *une*, qu'elle devrait s'imposer d'une façon intégrale et que, théoriquement, l'homme n'est pas libre de l'admettre ou de ne pas l'admettre, mais nous devons nous rendre également à l'évidence qu'il n'est pas encore donné à tous de l'approcher et d'en faire le principe de leurs actions. *Tot capita tot sensus* : c'est dans cette constatation, un peu troublante, qu'il faut prendre, bon gré, mal gré, son point de départ pour fixer un minimum de droit naturel si l'on veut aboutir à des résultats *pratiques* (Comp. les développements donnés par M. le doyen Fr. GÉNY au chapitre neuvième du tome II de son ouvrage fondamental *Science et technique en droit privé positif* ; Cf. égal. t. I, n° 24).

(1) Cf. la belle étude de M<sup>lle</sup> G. BICHOFFE : *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? Fonction publique et contrat*, Sirey 1927, p. 262 et s.

provoque une rupture d'équilibre entre le droit et le fait. Nous avons même déjà indiqué plus haut (page 62) que le contrôle contentieux de l'existence matérielle des motifs d'une décision administrative pouvait être considérée, en premier lieu, comme présentant le caractère d'un examen juridictionnel de la *rationalité* des décisions administratives, lequel se confondrait, dans une certaine mesure, avec celui de la moralité. Cette idée, nous la mettrons encore à profit plus tard, lors de l'étude des solutions jurisprudentielles (p. 333). Il faut reconnaître, cependant, que l'idée de rationalité est d'une application plus large que celle de moralité parce que, sans viser uniquement les buts spéciaux de l'activité administrative, elle se rapporte plus spécialement au contenu et à l'objet même de l'acte juridique et qu'en ce sens elle consacre le principe de légalité entendue au sens large de ce mot; elle renferme, au surplus, le risque de faire poser la question de l'appréciation contentieuse des directives suivies par l'administration dans les limites de son pouvoir discrétionnaire, ce que, dans l'intérêt même du libre développement des initiatives administratives, il convient, cependant, d'éviter.

Nous croyons que le principe de la moralité, tel que nous l'entendons, est suffisamment large en même temps que suffisamment précis pour garantir de lui-même la répression de la plupart des abus caractérisés de l'administrateur, *en dehors de toute appréciation subjective*. Dans les cas où ils ne constituent pas une illégalité proprement dite, la censure juridictionnelle de ces écarts, dont il n'est tenu compte qu'au cas où ils se révèlent d'eux-mêmes dans les éléments de la décision et les circonstances qui l'accompagnent, peut, en général, être considérée comme largement assurée par le contrôle des fins mêmes poursuivies par l'agent administratif.

En résumé, l'idée de *rationalité*, tout en impliquant plus ou moins celle de la *moralité*, se situe plus spécialement, bien que non exclusivement, dans le plan de la *police du système juridique*, alors que le principe de la moralité,

quoique visant, à certains égards, non seulement la correction juridique des fins mais également celle du contenu même de la décision administrative, trouve sa place dans le domaine de la *police de l'administration*.

#### SECTION IV

### La théorie de la responsabilité de la puissance publique et la moralité administrative

Nous venons de passer en revue les éléments de l'acte administratif qui donnent prise au contrôle juridictionnel de la moralité administrative ; nous avons vu également que celui-ci se différencie nettement du contrôle de la légalité proprement dite par ses caractères particuliers qui le font apparaître comme tendant, avant tout, à assurer efficacement la discipline propre de l'institution administrative.

Dans cet ordre d'idées, nous voudrions remarquer encore qu'à certains égards, la théorie de la *responsabilité* subjective de l'administration présente des affinités avec celle du contrôle de la moralité dont elle forme, pour ainsi dire, le complément dans le domaine de l'opération et de l'exécution des décisions administratives. Nous méconnaîtrions même le caractère propre du contentieux administratif, envisagé dans son ensemble, si nous nous refusions à voir les liens qui unissent, par certains côtés, le contentieux objectif et le contentieux subjectif, qui tous deux tendent en somme d'une façon plus ou moins directe et dans une mesure plus ou moins importante à la moralisation de l'activité administrative.

Le rapprochement du contrôle contentieux subjectif du contrôle objectif de la moralité paraît, d'ailleurs, d'autant plus indiqué qu'à l'origine la séparation entre ces deux branches du contentieux administratif n'était pas nettement marquée. Tous deux tendaient, en somme, à la mise en œuvre d'un contrôle encore très modeste dans l'intérêt supérieur d'une bonne administration.

« Pendant très longtemps, dit M. Marc Noël (*Les motifs dans les décisions des juridictions administratives, Rev. dr. p.*, 1924, p. 362), lorsqu'il s'agissait de condamner à la réparation d'un dommage causé par la puissance publique, on ne considérait pas que la victime eût un véritable droit à indemnité. Jusqu'à l'arrêt *Blanco* de 1874, le Conseil d'Etat n'accordait d'indemnité pour les dommages causés par la puissance publique qu'en vertu d'une idée vague d'équité. Statuant ainsi, au contentieux de la pleine juridiction lui-même, il apparaissait encore presque comme un véritable administrateur, comme un corps chargé d'assouplir et d'assurer le fonctionnement de l'administration » (1).

Si l'on peut toujours soutenir que le contentieux de l'annulation et celui de la réparation se rapprochent par certains de leurs traits, c'est que dans le contentieux de l'indemnité le Conseil d'Etat ne se préoccupe pas seulement d'assurer la satisfaction du droit de la victime du dommage, mais encore de sanctionner indirectement les prescriptions à caractère moral régissant la conduite des agents administratifs dans l'exercice de leurs fonctions.

Ce contentieux s'aligne donc au recours pour excès de pouvoir pour la répression de l'*immoralité* administrative. Dans une note au D. 28. 3. 21, M. L. Trotabas accentue encore cette idée en déclarant que la théorie de la responsabilité « participe d'une manière très nette à la défense de la *moralité administrative* ». Le Conseil d'Etat profite du recours en indemnité que les particuliers portent devant lui pour faire la leçon aux administrateurs et leur représenter les manquements dont ils se rendent coupables à l'encontre des règles de la bonne administration. Alors

(1) Cf. aussi G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Sirey 1924, p. 102, où il est dit: « La responsabilité de l'Etat envers les particuliers à raison des dommages causés par les services publics est une règle évidente de moralité... Il n'y a pas vingt-cinq ans que l'on admet définitivement la responsabilité de l'Etat dans toute sa plénitude... C'est un nouveau département de la moralité sociale annexé au droit positif ».

même que la haute juridiction administrative ne croit pas pouvoir allouer au requérant l'indemnité qu'il demande, soit en raison du caractère peu grave du préjudice, soit — dans le dernier état de la jurisprudence — parce que le préjudice causé est purement moral, elle n'en relève pas moins l'attitude incorrecte de l'autorité responsable du préjudice. « Il y a là, dit M. Troabas dans la note précitée, « comme l'indication d'un recours en responsabilité qui « permet de défendre le *droit à la légalité*, c'est-à-dire un « droit objectif... et l'on retrouve ainsi l'idée... de la dé- « fense de la *moralité administrative* par le moyen du con- « tentieux de l'indemnité ».

En somme, le contentieux de la réparation s'incorpore de lui-même au système de contrôle juridictionnel que le Conseil d'Etat a mis sur pied pour censurer les écarts de l'administration contraires à l'idée de la fonction administrative. Il constitue, en quelque sorte, le *prolongement* du contrôle de l'excès de pouvoir en ce qu'il tend non pas seulement à garantir des intérêts privés, bien que ce soit là son but normal, mais à assurer la moralité indispensable dans l'exécution pratique des services publics qui dépasse la sphère particulière de la *décision exécutoire*, objet propre du contrôle objectif, envisagée *in abstracto* comme traduisant l'idée même de la puissance publique.

Nous savons, par ailleurs, qu'il est aujourd'hui admis en jurisprudence que l'opération administrative, *poursuivie pour des fins étrangères à la bonne administration* ou se développant, par la *faute* de l'administration, dans des conditions contraires au fonctionnement normal des services publics, engage en cas de préjudice causé à des tiers la responsabilité de la puissance publique, même là où aucun droit subjectif n'a été violé.

Remarquons, en outre, qu'alors que primitivement il était impossible de poursuivre par un seul et même recours l'annulation de la décision administrative et l'attribution d'une indemnité, les progrès réalisés au début de notre siècle ont amené le Conseil d'Etat à admettre la jonction



des deux contentieux et à statuer dans une décision *unique* sur la question de l'excès de pouvoir et sur le droit à indemnité lorsque les requérants ont pris la précaution de faire appel au ministère d'un avocat (1).

Le Conseil d'Etat n'est arrivé que très tard à ces solutions libérales dont nous constatons aujourd'hui la fréquence et que nous avons tendance à considérer comme absolument naturelles, l'administration ayant été longtemps considérée, notamment en ce qui concerne les manifestations du droit de police, comme devant rester en dehors du domaine d'application de la théorie de la responsabilité délictuelle. Mais à mesure que les idées de moralité progressaient dans le domaine du contentieux objectif, elles ne devaient pas manquer d'exercer une répercussion profonde sur le caractère du contentieux subjectif. Ce progrès a été réalisé vers la fin du XIX<sup>e</sup> et au commencement du XX<sup>e</sup> siècle, lorsque l'évolution du contrôle juridictionnel du but des actes administratifs eut habitué les esprits à une conception plus parfaite des devoirs particuliers de l'institution administrative.

Si nous n'avons pas à entrer ici dans un examen de détail de la théorie de la responsabilité, puisque le contrôle juridictionnel de la moralité proprement dit ne s'exerce que sur la *décision exécutoire considérée en elle-même* à l'exclusion des opérations administratives pouvant s'y rattacher, la question méritait, cependant, d'être indiquée ; nous la retrouverons, d'ailleurs, dans nos développements ultérieurs où il nous appartiendra d'en faire mieux ressortir l'importance.

(1) Cf. A. Bosc, *Des recours collectifs en droit public français*, Rev. dr. p., 1927, p. 382 et s.

## CHAPITRE III

### L'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir (1)

---

Avant de passer à l'étude des moyens pratiques mis en œuvre pour la sanction efficace des règles de la bonne administration, nous croyons indispensable, pour la précision du problème du contrôle de la moralité, de terminer nos développements généraux par un examen comparatif général des théories de l'*abus du droit* en droit privé et du *détournement de pouvoir* en droit public.

En effet, la théorie du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, telle que nous la concevons, et notamment celle du détournement de pouvoir, que nous étudierons plus

(1) V. sur l'abus du droit : LOUIS JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'Abus des Droits*, 1927, et la bibliographie donnée par l'auteur, p. 417 et s.; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 10<sup>e</sup> éd., t. II, n° 871 et s.; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., p. 713 et s., 3<sup>e</sup> éd., p. 266 et s.; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, 2<sup>e</sup> éd., p. 162 et s., et la bibliographie donnée en note par cet auteur; Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif*, 1919, t. II, p. 171 et s.; cf. également la longue note de M. BRÈTHE sous Cass.-req. 7 mai et 24 novembre 1924 S. 25.1.217. — Pour la comparaison de cette théorie avec celle du détournement de pouvoir cf. la note de M. HAURIOU sous Cons. d'Et. 27 février 1903 Zimmernann S. 05.3.17; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., p. 296 et s., 3<sup>e</sup> éd., p. 383 et s.; LAPARRE, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, thèse Paris 1913; L. JOSSERAND, *op. cit.*, chap. VII, p. 241 et s. Pour les solutions de la jurisprudence judiciaire nous renvoyons à la note précitée de M. BRÈTHE (V. d'ailleurs ce qui sera dit à ce sujet au texte); on pourra encore consulter utilement E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. II, p. 180 et s.

Il convient de remarquer que nous ne relevons au texte que les points intéressants par rapport à notre étude; pour plus de détails v. les ouvrages cités ci-dessus.

loin en détail, rappelle une théorie voisine du droit privé : celle de l'abus du droit. Nous verrons d'ailleurs qu'il existe un intérêt évident à rapprocher la théorie civiliste de celle du contrôle des buts en droit administratif.

Dans une première section, nous exposerons, dans ses grandes lignes, la théorie de l'abus du droit telle qu'elle se présente à l'heure actuelle. La comparaison entre la théorie du détournement de pouvoir et celle de l'abus du droit fera, ensuite, l'objet d'une deuxième section.

## SECTION I

### La théorie de l'abus du droit

I. Le concept de l'abus. — II. Les conceptions de MM. Josserand, Brèthe (et Géný). — Le but économique et social. — Critique de ces conceptions.

La théorie dite de l'abus du droit, qui n'est pas nouvelle, quoique des discussions récentes lui aient donné une certaine apparence de nouveauté, a provoqué des controverses intéressantes. Encore aujourd'hui, nous nous trouvons à ce sujet en présence de doctrines nettement divergentes. Cela tient essentiellement à ce qu'on n'a pas su reconnaître exactement comment le problème se posait.

La critique qu'en 1897 Esmein adressait à la théorie a été reprise aujourd'hui, notamment, par M. Planiol, qui rejette, en principe, la conception de l'abus de droit en tant qu'elle comporterait une signification proprement juridique. Il nous semble cependant que l'argumentation de cet auteur glisse à côté des véritables données du problème.

Tout d'abord, en se plaçant au seul point de vue de M. Planiol, on admettra facilement avec lui que « le droit « cesse où l'abus commence » et qu'en ce sens la théorie ne saurait être considérée que comme reposant sur une pure « logomachie » dénuée de toute valeur juridique. Il va de soi, en effet, que quand on sort des limites qui sont tracées

aux droits qu'on exerce et qui ne peuvent jamais être absolus, « on agit en réalité sans droit ». M. Planiol remarque justement qu'aujourd'hui tout le monde est d'accord sur ce point. Le *dépassement* du droit constitue, en effet, une faute caractérisée qui donne lieu à l'application normale de la théorie de la responsabilité civile.

Cependant, pour les auteurs qui ont fait des efforts plus pénétrants en vue d'approfondir le problème, la théorie de l'abus du droit ne se ramène pas seulement à une pure question de mots.

Voyons, brièvement, quel est le sens de la théorie.

I. — Il restera toujours vrai que celui qui ne fait qu'user de son droit, dans des conditions absolument normales, ne saurait se voir reprocher une faute quelconque. La règle « *neminem laedit qui suo jure utitur* » ne perdra jamais rien de sa force. En général, tout le monde est d'accord sur ce point (V. cep. les auteurs cités au début de la note de M. Brèthe, S. 25.1.217, ainsi que ceux cités dans le livre de M. Ripert mentionné en note). D'autre part, il est bien entendu que celui qui exerce son droit doit, tout d'abord, veiller à ne pas le dépasser. Nous venons de voir qu'il est impossible de trouver dans ce dépassement une base sérieuse pour l'établissement de notre théorie. Le dépassement du droit est un fait directement contraire aux prescriptions qui découlent des principes généraux de notre organisation juridique.

*L'abus du droit ne doit, au contraire, être cherché que dans les actes et agissements présentant des apparences de régularité.* Un examen approfondi nous démontrera que parmi ces actes il en est qui tendent à des fins nettement répréhensibles. Voilà bien le critérium — relativement simple — de l'abus proprement dit. Une personne qui, tout en n'exerçant que les facultés comprises dans son droit, les détourne cependant de leur but régulier abuse de son droit.

Il est inutile d'insister longuement sur le truisme que les droits n'ont été reconnus aux hommes que pour la

satisfaction de leurs intérêts légitimes. L'importance toujours grandissante que prend l'idée de but dans notre organisation juridique moderne et qui, à la suite de Ihering, a été mise en relief notamment par les travaux de M. Duguit ne peut être sérieusement contestée. Pratiquement, tout droit ne tire sa valeur sociale que du but précis en vue duquel il est exercé. C'est en partant de considérations de ce genre qu'on a pu affirmer et défendre la théorie de l'abus du droit.

En dehors des auteurs qui s'en tiennent à l'argumentation toute verbale que nous avons écartée, tout le monde semble d'accord sur le principe même de l'abus. Les difficultés commencent lorsqu'il s'agit de préciser les éléments constitutifs de l'abus du droit. Le problème se ramène, en somme, à la question de savoir quelles sont les fins précises que le titulaire d'un droit peut légitimement proposer à son activité légale et quelles sont celles qu'il est tenu d'éviter. Or, nous remarquons qu'en droit privé, où la liberté est la règle, celui qui exerce son droit a, en principe, non seulement le choix des moyens de ses initiatives, mais encore le choix du but, à condition qu'il se tienne dans les limites tracées tant par la lettre que par l'idée même de la règle légale et qu'il ne soit pas exclusivement guidé par une intention malveillante. Car si, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, les droits ne sont reconnus aux hommes que pour la satisfaction de leurs intérêts légitimes, il ne faut cependant pas perdre de vue que, dans l'état actuel de notre droit, le titulaire d'un droit à fondement égoïste est seul juge de ce qu'exige ou paraît exiger son intérêt. Ce qu'on peut et ce qu'on doit, au contraire, exiger d'une personne exerçant les facultés comprises dans son droit, c'est qu'elle n'en use pas pour nuire méchamment à autrui.

Nous insistons sur le terme *méchamment*, parce que l'action poursuivie avec l'intention de porter préjudice à autrui n'est pas toujours, par elle-même, contraire au droit. « Les hommes, dit très justement M. Planiol (*loc. cit.*), passent leur vie à se nuire les uns aux autres; la vie des sociétés

« est une lutte perpétuelle et universelle ; toute action, tout  
« travail est un fait de concurrence économique ou sociale ;  
« tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité  
« dans une branche quelconque de son activité, en sup-  
« plante d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et *c'est*  
« *son droit de leur nuire.* » Ce n'est donc pas seulement de  
l'intention de nuire que dépend l'existence ou l'absence de  
l'abus du droit. Il faut également qu'il apparaisse, après  
examen des faits de la cause, que cette intention malveil-  
lante a été le but déterminant de la volonté du titulaire du  
droit, que la personne exerçant les facultés comprises dans  
son droit a été uniquement guidée par le désir de causer  
préjudice à autrui sans profit sérieux pour elle-même.

Dans toute cette matière, on ne peut, d'ailleurs, en ce qui  
concerne la preuve de l'abus, procéder que par voie de  
détermination négative. Nous admettrions ainsi volontiers  
la définition donnée à l'article 226 du Code civil allemand  
où il est dit que « *l'exercice d'un droit n'est pas permis lors-*  
« *qu'il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un*  
« *dommage* ». Peut-être y aurait-il lieu de corriger quel-  
que peu cette formule en substituant au mot « but » le mot  
« but déterminant ». Car, en cas de pluralité de buts, celui  
dont il échet de tenir compte pour l'appréciation de la va-  
leur de l'acte, c'est toujours la fin qui a exercé sur l'esprit  
de son auteur une influence déterminante.

Ainsi, nous dirons qu'*abuse de son droit toute personne  
qui, sans rechercher principalement aucun avantage pro-  
pre, ne s'est laissé déterminer, dans l'exercice apparemment  
normal d'une des facultés comprises dans son droit, que par  
le désir de causer un dommage matériel ou moral à au-  
trui* (1).

Sur ce point, nous nous rangeons, sans difficulté, à la

(1) On ne saurait donc, à notre avis, parler d'abus *des* droits, comme  
on l'a proposé. L'abus ayant, d'après notre doctrine, pour chaque droit  
exercé par son titulaire un caractère identique puisqu'il est toujours  
caractérisé par la réalisation d'une faculté légale dans la seule inten-  
tion de nuire méchamment à autrui, il est tout indiqué de ne parler que  
de l'abus *du* droit en général.

doctrine soutenue par M. Georges Ripert qui, à juste titre, attribue à notre théorie un fondement exclusivement moral. De ce point de vue, l'abus du droit qui, dans son originalité, n'a rien de commun avec l'exercice anormal d'un droit subjectif donnant exclusivement lieu à l'application de la théorie de la responsabilité civile, est caractérisé par la poursuite d'une *intention malveillante* à l'égard d'autrui, *malice* qui doit être réprimée en vertu des principes supérieurs de la justice et du droit. La tâche qui, dans ces conditions, incombe aux tribunaux chargés d'apprécier la valeur morale des activités individuelles, consiste non seulement à assurer le respect du droit d'autrui contre les entreprises malveillantes d'une personne se couvrant des apparences de l'exercice régulier de son droit propre, mais encore à maintenir l'activité privée, *pour elle-même*, dans certaines limites déterminées par l'une des règles les plus élémentaires de la morale sociale.

« La théorie de l'abus du droit, déclare M. Ripert (*op. cit.*, p. 163 et s.), est tout entière inspirée par l'idée *morale* et ne pénètre dans le domaine juridique que dans une mesure limitée... Il s'agit, en effet, de désarmer le titulaire d'un droit et, par suite, de traiter de façon différente des droits *objectivement égaux* en prononçant une sorte de déchéance contre celui qui est exercé *immoralement*. Ce n'est pas là un simple problème de responsabilité civile, mais une question générale de *moralité* dans l'exercice des droits ».

« Pour trouver, poursuit l'auteur (*op. cit.*, p. 177), des hypothèses réelles d'abus du droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable. Rentrant dans l'exercice normal et habituel du droit, il serait supporté sans recours, s'il n'était pas vicié par l'esprit qui l'inspire ».

Cependant, le tout n'est pas d'affirmer un principe, il s'agit également de savoir comment les tribunaux vont pouvoir découvrir le but immoral poursuivi par le titulaire du droit subjectif. Il est évident que le juge ne saurait

scruter, avec la dernière rigueur, les reins et le cœur de ceux qui, apparemment, font un usage régulier de leurs droits. Nous répondons ainsi à l'objection soulevée par M. Planiol qui craint qu'avec cette théorie de l'abus le juge ne soit obligé de « scruter les consciences, de connaître et de peser les motifs » (1).

Pour arriver à une conclusion certaine sur la valeur morale de l'activité d'une personne déterminée, le tribunal appelé à connaître de la régularité de cette activité se bornera, lorsque le but de l'acte ne se révélera pas directement par l'aveu même de son auteur, à examiner dans tous leurs détails les circonstances se trouvant à la base de l'acte dont la fin est prétendue viciée. L'exercice d'un droit apparaîtra-t-il comme ayant pu procurer une satisfaction quelconque à son bénéficiaire, il devra être considéré comme régulier. Si, au contraire, les circonstances ayant accompagné l'acte font nettement ressortir l'inutilité absolue, soit même un dommage quelconque pour le bénéficiaire, le tribunal pourra avoir de justes motifs d'en déduire l'irrégularité des fins ayant déterminé l'action du titulaire du droit et il devra tirer de cette constatation toutes les conséquences de droit qui s'imposent.

« L'esprit de malveillance, dit M. Ripert (*op. cit.*, p. 177), « se découvre assez facilement par le *résultat* de l'acte. « Si le titulaire du droit cause un dommage à autrui sans

(1) Des craintes analogues avaient déjà été exprimées par ESMEIX. Cet auteur déclare dans sa note sous l'arrêt Cass.-req. 29 juin 1897 S. 98.1.21: « Malgré ce que cette doctrine a d'élevé, et malgré les autorités qui la soutiennent, elle ne nous paraît pas juridiquement acceptable. La faute prévue par l'article 1382 ne peut être qu'un acte illicite, et l'exercice d'un droit, dans les limites que la loi lui a tracées, ne saurait être illicite; quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce. « En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu'un droit malicieusement exercé, quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue, nous le craignons, la *faute morale* à la *faute juridique*, et on transforme nos juges en censeurs ». A remarquer l'opposition absolue qui est établie entre la *faute morale* et la *faute juridique*, alors que, à notre point de vue, l'amalgame des deux éléments ne présente rien que de très normal.



« retirer aucun avantage de son acte, l'exercice du droit se  
 « révèle dolosif. L'inutilité de l'acte, si elle ne provient pas  
 « d'une erreur de calcul, témoigne que la malfaisance était  
 « la seule raison de l'action. Il y a des exemples très  
 « nets de cet abus dans l'exercice du droit de propriété.  
 « La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juin 1857  
 « (S. 58.1.305), pose le principe : « On doit prévenir et  
 « réprimer toute entreprise faite par haine et par malice  
 « et sans utilité pour celui qui se la permet ». Si on peut, à  
 « la rigueur, soutenir qu'il y a exercice anormal du droit,  
 « lorsqu'on se livre sur le fonds à un concert discordant  
 « pour effrayer le gibier, ou que l'on établit des palissades  
 « à piquets de fer pour déchirer des aéronefs en évolution,  
 « il est au contraire certain que la construction d'une fausse  
 « cheminée, l'établissement d'une clôture en planches, les  
 « fouilles coupant la veine d'une source sont des actes  
 « irréprochables en eux-mêmes, mais qui deviennent abu-  
 « sifs s'ils sont accomplis pour porter préjudice au voi-  
 « sin. Le but malfaisant sera révélé par l'inutilité voulue  
 « de l'acte... ».

Ainsi le juge, chargé de contrôler l'exercice des droits, ne recherche généralement pas d'une façon directe si le titulaire du droit a réellement poursuivi un but malicieux, mais il se borne à vérifier si l'acte accompli était tel que, par lui-même, il ne pouvait avoir d'autre but déterminant que de nuire méchamment à autrui. Et voilà comment l'écueil signalé par les adversaires de la théorie, telle que nous l'entendons à la suite de M. Ripert, peut être écarté.

Nous ne contestons pas que, dans certains cas, les tribunaux risquent, dans ces conditions, de censurer une activité qui, bien que ne présentant pas un caractère d'utilité apparente, n'aurait cependant pas été inspirée par des intentions malveillantes. Mais cela est le danger de tout système qui, ne pouvant conduire à la découverte de la vérité par la preuve directe, ne fournit à l'investigation de l'interprète du droit que les moyens imparfaits basés sur les procédés de la présomption. Nous ne croyons d'ailleurs pas qu'il

y ait lieu de s'en inquiéter outre mesure en ce qui concerne spécialement le cas qui nous occupe, car la censure d'une activité qui se présente, sans contestation possible, comme absolument inutile, ne pourra jamais que contribuer puissamment à la moralisation des rapports de la vie privée.

II. — La théorie de l'abus telle que nous l'entendons s'oppose à certaines conceptions qui tendent à élargir outre mesure l'étendue de son application.

a) M. Jossierand, notamment, qui s'autorise d'ailleurs de nombreuses décisions jurisprudentielles qui paraissent lui donner raison, situe, dans son ouvrage déjà cité en note, le critérium de l'abus dans le *motif légitime*, basé à la fois sur des considérations d'ordre *intentionnel, technique, économique* et *social* ou *finaliste*.

Le *motif légitime* constitue pour lui l'aspect concret, l'expression sensible du critère *finaliste* tiré du but et de l'esprit des droits.

Si, en théorie, il peut paraître parfaitement exact de dire qu'un droit ne doit jamais être exercé sans motifs légitimes, si l'on peut également affirmer que le titulaire d'un droit ne saurait exercer les facultés qui y sont comprises qu'à bon escient et dans le but en vue duquel les droits nous ont été reconnus par le législateur, ces affirmations doivent demeurer sans influence pratique si l'on vise par là des fins autres que celles découlant du principe général en vertu duquel les droits subjectifs ne doivent se réaliser que pour la satisfaction de nos intérêts, s'ils sont à base égoïste, dans l'intérêt d'autrui, s'ils sont à base altruiste. Or, M. Jossierand semble vouloir défendre une théorie qui tend à la socialisation *complète* du droit sans tenir compte de ce que, pratiquement, l'exercice d'un grand nombre de facultés comprises dans les droits subjectifs ne peut relever que des consciences individuelles.

Mais le reproche le plus sérieux qu'à notre avis on puisse faire à la théorie défendue par M. Jossierand, c'est qu'elle est construite sur une base *réelle*, certes, mais *beaucoup*

*trop large*, au risque de lui faire perdre une grande partie de son *originalité*. L'auteur en arrive à identifier la *relativité* des droits, *qui répond à une réalité incontestable*, avec l'*abus* qui en est fait par leurs titulaires. Par la force même des choses, il a ainsi effacé ou, du moins, atténué dans une mesure importante les limites qui séparent la notion commune de faute civile proprement dite de celle de l'*abus*. La plupart des cas cités par l'éminent doyen de la Faculté de droit de Lyon dans son livre, mentionné ci-dessus en note, comme constituant des illustrations de la théorie de l'*abus*, ne sont pour nous que des applications ordinaires de la responsabilité pour faute. Les exemples donnés par M. Josserand sont en réalité des cas classiques de limitation du *contenu* même du droit et non pas des cas de contrôle de la *direction* dernière donnée à ce droit, par ailleurs exercé dans des conditions absolument normales.

La *relativité* des droits, si brillamment mise en relief par le savant doyen, ne se confond nullement avec l'*abus*; elle se rattache plutôt à la question de la *limitation objective* des facultés comprises dans les droits subjectifs, limitation dont l'importance varie, bien entendu, selon la nature des droits exercés dans chaque cas et selon les conditions économiques, sociales et morales de l'époque. L'idée de l'*abus*, au sens précis que nous attribuons à ce mot, ne vise pas tant la *réalisation* même des droits subjectifs que la *détermination de volonté* de celui qui exerce les facultés légales comprises dans son droit. Car il ne s'agit plus ici d'un problème de *police juridique* proprement dite, mais d'un problème de *police morale* et purement disciplinaire dont la solution doit être cherchée dans l'idée de l'*abus* fondé sur le critère *intentionnel* tel que nous l'avons exposé ci-dessus.

En résumé, la théorie de la *relativité* des droits se rattache à l'idée de *rationalité* affectant l'étendue même du droit, alors que l'*abus*, tel que nous le comprenons, pose essentiellement une question de *moralité*.

Si, d'ailleurs, la thèse de M. Josserand était admise, il

faudrait bien reconnaître avec Saleilles (d'ailleurs partisan de la thèse de l'abus) que « le prétendu abus du droit n'est, « presque toujours, qu'une limitation du contenu du « droit » (1).

En réalité, la théorie de l'auteur nous semble viciée par une contradiction interne. Tout en repoussant l'*absolutisme* des droits, l'éminent doyen revient, dans une certaine mesure, à la théorie du droit subjectif à contenu à peu près illimité, en traçant aux facultés comprises dans les droits subjectifs un cadre trop large pour ne chercher, ensuite, le principe de leur limitation nécessaire que dans l'esprit général des institutions du droit, alors, cependant, qu'il conviendrait de considérer comme une limitation du contenu même du droit la plupart des restrictions que M. Josserand nous présente comme découlant du principe général de l'abus. En déclarant, comme le fait M. Josserand (*op. cit.*, p. 313), que « l'acte abusif est tout simple-  
« ment celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif  
« dont les limites ont été respectées, est cependant con-  
« traire au droit envisagé dans son ensemble et en tant  
« que juricité, c'est-à-dire en tant que corps de règles so-  
« ciales obligatoires », on raisonne, nous semble-t-il, à côté du problème pour établir, par ailleurs, une scission trop profonde entre le droit subjectif défini et le droit objectif qui sont cependant fortement liés à leur base.

C'est, d'ailleurs, pour toutes ces raisons que nous préférons à la division — proposée par M. Josserand — des actes engageant la responsabilité de leurs auteurs en actes *illégaux*, *illicites* et *excessifs*, la division, également tripartite, en actes *illicites*, contraires aussi bien à la règle *légitime* qu'aux principes découlant directement de l'*esprit* général de nos institutions juridiques, en actes *abusifs*, détournés vers un but malveillant, et en actes *excessifs* accomplis d'une façon légitime, mais engageant la respon-

(1) SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2<sup>e</sup> éd., p. 370, n. 1.

sabilité pécuniaire de leurs auteurs dans la mesure où ils imposent aux tiers des dommages anormaux (1).

b) Dans une autre théorie, qui se rapproche plus ou moins de celle défendue par M. Josserand, on fonde le critère de l'abus essentiellement sur des considérations d'ordre économique.

M. François Gény, notamment, avait déclaré, il y a quelque temps déjà (*Méth. d'interpr.*, 1919, p. 173), « que l'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels qu'en scrutant leur but économique et social et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils

(1) Cf. l'analyse faite de l'ouvrage de M. JOSSERAND par M. Henri CAPITANT dans la *Rev. trim. de Droit civil* 1928, p. 365. M. CAPITANT, qui approuve, en principe, les idées fondamentales émises par M. JOSSERAND, tout en manifestant une tendance à nier la *nécessité* de la recherche d'un critérium général de l'abus, critique la théorie de l'éminent doyen de Lyon en ce qu'elle trace aux *droits subjectifs* un cercle beaucoup trop large par le fait même qu'elle assimile à des droits de cette nature diverses manifestations de la liberté non spécialement reconnues par la loi. Il nous semble, sur ce point, que M. CAPITANT limite à l'excès le nombre des droits subjectifs: la conception du droit subjectif trouve sa base dans la *liberté individuelle* elle-même; son application ne saurait donc être restreinte aux seules manifestations de cette liberté nettement prévues et définies par le droit positif. — D'autre part, nous n'insisterons pas sur la distinction faite par l'auteur entre les *droits patrimoniaux* et les *droits de la famille* en vue de la détermination de l'étendue d'application de la notion de droit subjectif. S'il est exact que les droits de la famille constituent avant tout des devoirs, il ne faut, cependant, jamais oublier que le pouvoir corrélatif au devoir ne va jamais sans une certaine liberté d'appréciation de la part du titulaire de ce pouvoir, et que, par conséquent, il n'est pas inexact de voir dans les diverses prérogatives appartenant au chef de famille de véritables droits subjectifs. Ces droits subjectifs se distinguent seulement des autres en ce qu'ils sont subordonnés à l'idée de fonction, qui est, cependant, loin d'absorber l'élément proprement subjectif. — Remarquons toutefois que si nous ne pouvons nous rallier au point de vue exprimé par le savant professeur, ses conclusions méritent du moins d'être retenues à l'appui de notre théorie de l'abus, dans la mesure où elles ont pour résultat d'éliminer du champ d'application de l'abus des actes que M. JOSSERAND considère comme des *détournements* de prétendus droits subjectifs alors qu'ils constituent simplement des agissements *illicites* nettement caractérisés accomplis par les intéressés dans l'usage de leur liberté naturelle.

« contrairent », étant entendu que c'était bien là le critère de l'abus.

M. Brèthe soutient aujourd'hui que « l'abus du droit « consiste à se servir de son droit *sans intérêt personnel* « ou pour la satisfaction d'un intérêt illégitime ». Il n'est pas difficile de reconnaître encore dans cette affirmation une variante de la théorie du *motif légitime*, bien que l'auteur se défende d'adopter cette doctrine. Les critiques que nous venons de formuler à l'adresse de cette dernière doivent donc s'appliquer par analogie au critérium de *l'intérêt*.

Nous ne voyons pas pour quelle raison il y aurait lieu, comme le propose M. Brèthe (dans sa note déjà citée), « de substituer à l'idée de *but* ou de motif l'idée d'*intérêt* » et qu'au lieu de dire « que les droits doivent être exercés en « vue d'un certain but déterminé par la loi », nous devrions admettre « qu'ils ne sont donnés que pour la satisfaction « de certains intérêts ». En théorie, tout cela n'est certainement pas inexact, car, en principe, les droits doivent toujours être exercés en vue de certains intérêts. Mais, *pratiquement*, il sera le plus souvent impossible de déterminer exactement les intérêts divers justifiant l'exercice de chaque droit dans les limites tracées par la règle légale et les principes généraux du droit. Et si, d'autre part, le défaut d'intérêt peut faire présumer l'abus en indiquant un but malveillant, il n'en est cependant pas lui-même le *critérium*. La théorie de l'intérêt poussé à ses dernières conséquences, si elle ne tend pas simplement à faire rentrer dans l'abus les cas de faute donnant lieu à l'application *normale* de la théorie de la *responsabilité civile*; aboutirait à reconnaître aux tribunaux le droit de s'ériger en juge de ce qu'exige dans chaque cas l'intérêt de l'individu. Or, il convient d'insister sur ce point, dans l'état actuel de notre droit, où, *malgré toutes les restrictions légitimement établies par le législateur et les règles coutumières*, la liberté est la règle, chacun n'est responsable de ses actes que devant sa conscience, pour autant que ceux-ci ne sont pas contraires aux

principes supérieurs du droit, et apprécie souverainement les nécessités et les possibilités du développement de sa personnalité (1).

c) Des thèses qui précèdent et plus particulièrement de celle de M. Gény, on pourrait rapprocher les dispositions générales du nouveau Code civil polonais dont le sens se trouve précisé notamment dans une conférence récente de M. I. de Koschembahr-Lyskowski, publiée dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* (année 1928, pages 551 et s.); et intitulée : *Quelques dispositions générales d'un projet de Code civil polonais*.

Le professeur polonais, qui repousse la conception du droit subjectif, insiste sur l'importance du *but économique et social* des actes juridiques; selon lui, ce but devrait, dans chaque cas, être apprécié par le juge sur le fondement de considérations essentiellement objectives. Voilà l'idée directrice qui sert de base à son argumentation.

Au premier abord, nous n'avons rien à redire à cette thèse, car nous admettons volontiers qu'une activité n'a de valeur et ne peut produire tous ses effets que si elle s'appuie sur quelque chose de concret, sur des réalités dignes de la sanction du droit, c'est-à-dire si, par elle-même, elle répond à un but économique ou social conforme à l'idée même de la loi l'ayant prévu ou autorisé.

Mais ces considérations, dont il faudrait se garder d'exagérer l'importance, demeurent étrangères à la conception même de l'abus à laquelle nous nous attachons, puisqu'elles visent l'*existence* même du droit, alors que, dans notre idée, l'abus ne réside que dans la *direction* dernière donnée par la volonté agissante à une activité qui, *en appa-*

(1) M. RIPERT (*op. cit.*, p. 188) reproche à M. BRËTHE de baser le critérium de l'abus sur l'idée d'*utilité*. « Mais, dit-il, quand on parle de l'utilité d'un acte, comment la définit-on? S'il s'agit de l'utilité sociale, on dépouille le droit subjectif de son utilité, car le titulaire d'un droit doit en retirer les avantages même si la société en souffre. S'il s'agit de l'utilité individuelle, il faut uniquement considérer la pensée de celui qui accomplit l'acte et la notion reste psychologique ».

rence, s'est réalisée selon les prévisions *objectives* de la règle de droit.

Une activité, quelle qu'elle soit, ne peut évidemment revendiquer le bénéfice de la garantie juridique que dans la mesure où son contenu s'adapte de lui-même aux exigences de l'ordre objectif. C'est là une question de limitation objective du contenu même du droit, telle qu'elle a été mise en lumière par l'ouvrage de M. Josserand cité ci-dessus ; mais ce n'est pas là le problème de l'abus ; car celui-ci, s'il doit conserver son originalité, ne doit poser que la question de l'appréciation des *déterminations de volonté* se dissimulant derrière des activités qui, sous le rapport de leur contenu, se réalisent, *en apparence*, selon les buts économiques et sociaux imposés par le droit *objectif*.

Dans une activité déterminée, il faut donc distinguer deux choses : 1° la *cause objective* de cette activité qui, pour nous, se traduit dans la conformité *apparente* de l'activité concrète aux buts économiques ou sociaux ou, si l'on veut, à l'idée même des règles de conduite qui s'y appliquent ; 2° le *motif déterminant* ou la *cause subjective* qui se retrouve dans la détermination de volonté, *prise en elle-même*, de la personne agissante.

Nous n'avons pas à nous occuper, dans ce chapitre, de la *cause objective* des activités privées. Remarquons seulement que si les droits reconnus aux particuliers ne peuvent avoir qu'une valeur relative déterminée par ce qu'on appelle les *buts économiques et sociaux* s'imposant aux diverses activités, il existe, aujourd'hui, une tendance bien marquée à éliminer tout système de *droits subjectifs* dont la raison d'être se trouve cependant, à notre sens, dans la conscience même de l'homme, être raisonnable et libre ; on incline ainsi à faire entrer les diverses manifestations de la vie sociale dans un système de règles purement objectives qui distribuent aux volontés agissantes les autorisations et les défenses et qui, seules, doivent fournir les éléments pour la détermination des facultés pouvant légitimement être exercées par les hommes vivant en société (Comp. l'étude, citée ci-dessus, de M. K.-L.).



Quant à l'importance de ce que nous appelons la *cause subjective*, nous renvoyons à ce que nous venons de dire sur l'abus du droit (1).

On nous reprochera, peut-être, de nous livrer sur tous ces points à des distinctions bien subtiles ; mais nous ne voyons vraiment pas d'autre moyen de caractériser la conception de l'abus que nous tenons à conserver pour la plus grande clarté des classifications juridiques et qui serait à éliminer du droit si, par elle, l'on n'entendait définir que la *relativité* des droits, lesquels ne peuvent évidemment être absolus.

(1) Comp. pour la théorie de la cause, H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1927. L'éminent professeur qui renouvelle toute la théorie, sur la base de la doctrine classique, place le siège de la notion de cause dans la considération de l'avantage économique pouvant être retiré par la personne qui s'oblige, comme contre-partie de son engagement (v. l'analyse de cette étude dans ROUAST, *A propos d'un livre sur la cause des obligations*, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1923, p. 395 et s.; cf. encore G. RENARD, *La Valeur de la loi*, p. 87 et s.).

Nous renvoyons également aux développements intéressants donnés sur la théorie de la cause par M. JOSSERAND dans son récent ouvrage sur *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928 (p. 140 et s.). L'éminent auteur, qui attribue à la cause une base plus compréhensive en appliquant la théorie non pas seulement au lien obligatoire comme tel, mais à l'acte juridique, estime qu'elle est constituée essentiellement par les *mobiles* ou *motifs déterminants extrinsèques* à l'acte. D'objective qu'elle est encore dans l'opinion de M. CAPITANT, elle devient subjective et changeante selon les circonstances variables dans lesquelles un acte juridique est susceptible d'intervenir; elle ne forme plus un des éléments constitutifs de l'acte comme dans la théorie de M. CAPITANT.

Nous croyons que les deux points de vue peuvent se combiner et nous donnerons, alors, le pas à l'élément *objectif* sur l'élément *subjectif*. Nous estimons qu'en principe un contrat, par exemple, doit se suffire à lui-même et qu'il n'est point besoin de rechercher, pour en tirer une conclusion sur sa validité, les motifs *précis* qui ont amené chacun des contractants à passer l'acte. L'idée de sécurité dans les relations du commerce juridique l'exige. Seulement, si certains indices qui se révèlent d'eux-mêmes dans l'acte d'une façon non équivoque autorisent des doutes sur sa conformité aux principes de la morale commune et élémentaire, il incombera au juge de faire porter ses recherches sur les *mobiles* pour en déterminer la valeur morale et en tirer les conséquences de droit qui s'imposent, conformément aux exigences supérieures de l'ordre public. C'est d'ailleurs *grosso modo* la conclusion à laquelle, en fin de cause, semble aboutir également M. JOSSERAND.

d) En résumé, nous nous refusons à admettre que la théorie de l'abus du droit trouve son fondement principal dans des considérations d'ordre économique, le problème, réduit à ses justes proportions, présentant, à notre sens, un aspect essentiellement moral.

La théorie de l'abus du droit est purement et simplement la consécration de la *moralité privée* en ce sens qu'elle tend à empêcher toute activité légale et d'apparence régulière de prendre une direction qui lui imprimerait un caractère de *malveillance* et de *méchanceté*. C'est en la réduisant à ce rôle qu'il sera possible de lui conserver son originalité et son importance pratique.

Cela étant admis, nous devons cependant remarquer que les solutions pratiques auxquelles arrivent les auteurs qui défendent spécialement la théorie de l'intérêt ne diffèrent pas essentiellement de celles impliquées par la doctrine à laquelle nous nous rallions. Reconnaissons franchement qu'au fond et à peu de choses près tout le monde est d'accord; il ne paraît pas, en effet, que les auteurs que nous critiquons aient vu dans la théorie de l'abus du droit autre chose qu'une consécration formelle des principes qui imposent aux hommes exerçant les facultés comprises dans leurs droits le respect absolu de certaines règles de moralité. En dernière analyse, toute cette discussion, si utile qu'elle soit pour fixer les idées et éviter des malentendus, semble pourtant se réduire bien plus à une question de terminologie qu'à une question de principes. Néanmoins, il est toujours bon de signaler le danger de théories par trop objectives; sous prétexte d'éliminer l'arbitraire du juge dans l'appréciation de l'abus du droit, elles risquent, par un choc en retour, de ramener cet arbitraire en provoquant imprudemment l'extension du contrôle juridictionnel vers un domaine jusqu'alors réservé à la libre appréciation individuelle.

En ce qui nous concerne, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de s'indigner de ce que « la doctrine et la jurisprudence, en se fondant sur l'intention de nuire... ont

« une tendance à faire consister l'abus du droit dans la *faute* ». Car, ce qui, toujours, différenciera notre théorie de celle de la responsabilité civile proprement dite, c'est que la faute dont il s'agit en l'occurrence est *essentiellement* une *faute morale* commise au mépris des *règles de discipline* régissant les activités individuelles (1).

(1) Dans les développements donnés au texte nous avons cru pouvoir nous dispenser de mentionner spécialement les solutions jurisprudentielles. Il est bien entendu que nous n'avons pas à faire ici, où nous devons nous limiter à une comparaison entre le détournement de pouvoir et l'abus du droit, l'étude détaillée des décisions des tribunaux judiciaires concernant l'abus. On trouvera à ce sujet des renseignements précieux dans la note, déjà citée, de M. BRÈTHE et surtout dans le livre de M. JOSSERAND qui fournit sur ces points des indications très complètes (V. enc. André ROUAST, *La rupture abusive du contrat de travail*, D. hebdomadaire, 1928 chron. p. 5 et s.).

Généralement, la jurisprudence judiciaire, qui est cependant loin d'être fixée, se rallie à la théorie qui voit un abus dans tout acte accompli, sans profit sérieux pour son auteur ou sans intérêt légitime, uniquement dans l'intention de nuire à autrui.

« La jurisprudence, dit M. BRÈTHE, n'a pas un critérium unique de l'abus du droit. En général, elle découvre l'abus dans l'usage d'un droit uniquement pour nuire à autrui. Mais parfois elle élargit cette notion et condamne comme abusif l'exercice d'un droit sans motifs légitimes, bien que le titulaire ait agi sans intention de nuire. La notion ordinaire d'abus du droit en jurisprudence — que l'on peut dégager sous la grande variété des formules employées — c'est l'idée d'usage d'un droit exclusivement en vue de nuire à autrui, dans une pensée malveillante, par pure malice, sans intérêt sérieux pour le titulaire ».

Relevons la formule typique donnée par un arrêt déjà ancien de la cour de Colmar, du 2 mai 1855 *Doerr c. Keller* [S. 25.1.219 note (a)], où il est dit « que, s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et à abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui ».

On peut rapprocher de cet arrêt une décision plus récente de la Cour de cassation (Cass.-civ. 14 novembre 1922 *cons. Pabot du Chatelard c. époux Léon Hautefort* D. 25.1.145 avec la note de M. JOSSERAND) dont voici la formule : « Attendu qu'aux termes de cet article, le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter ; que cette règle est générale et doit recevoir son

## SECTION II

## Abus du droit et détournement de pouvoir

I. Similitudes entre les deux concepts. — II. Différences essentielles. —  
 III. Conclusion.

L'exposé que nous venons de faire de la théorie de l'abus du droit nous révèle immédiatement les similitudes existantes.

« application, quelle que soit la modalité des dettes, sous la seule réserve du cas où l'imputation n'aurait pas été faite pour satisfaire « un intérêt légitime, mais aurait eu pour but unique de nuire à un autre créancier ».

On a voulu découvrir dans la jurisprudence la plus récente une tendance à élargir de plus en plus la notion d'abus et à la rapprocher, en quelque sorte, de la conception administrative du détournement de pouvoir. On a, notamment, fait état d'un arrêt de la cour de Poitiers du 29 janvier 1923 *Pichon c. Vallès* (*Gaz. Pal.* 23.1.546) allouant des dommages-intérêts à un locataire expulsé en vertu d'une décision de justice annulée ultérieurement sur pourvoi en cassation, alors cependant qu'il est de principe que le pourvoi n'est pas suspensif. Il convient de remarquer que le propriétaire n'avait fait qu'user de son droit en faisant exécuter une décision définitive et que l'exercice de ce droit avait eu lieu sans but vexatoire. L'abus proprement dit était donc écarté. Mais la cour réplique « que l'intimé avait eu connaissance du pourvoi... », « qu'il lui incombait de rechercher si son titre ne pouvait pas être entaché d'un vice de nature à le faire tomber... que les pourparlers qu'il a engagés établissent qu'il croyait à la possibilité d'une cassation... qu'on ne peut donc lui attribuer la *bonne foi*, dans le sens légal qu'il invoque ». Ainsi, bien que, théoriquement, le propriétaire eût le droit incontestable de faire exécuter, dans son propre intérêt, une ordonnance de référé ordonnant l'expulsion immédiate d'un locataire lequel s'était ultérieurement pourvu en cassation, la cour de Poitiers indique que l'intéressé, qui croyait à la possibilité de la cassation, aurait dû s'imposer une conduite plus conforme aux règles de la prudence et que la hâte avec laquelle il avait agi démontrait suffisamment la « malice » dont il s'était rendu coupable. Il ne s'agit, cependant, pas ici d'un cas d'application de la théorie de l'abus, puisque l'intéressé avait agi en vue de la satisfaction de ses intérêts propres. Les agissements du propriétaire méritaient d'être censurés parce qu'il apparaissait suffisamment que sa conduite n'était pas exempte de toute faute et que son action intempestive était par elle-même contraire aux principes de la bonne foi.

Remarquons, par ailleurs, bien que ce point n'intéresse plus directe-

tant entre le contrôle juridictionnel de la *moralité administrative* en droit public, envisagé plus spécialement sous le rapport du *détournement de pouvoir*, et le contrôle de l'*abus du droit* en droit privé.

ment notre sujet, qu'à notre avis on déplace quelque peu la question si l'on ajoute, ainsi que le fait — pour ne citer qu'un exemple — la même cour de Poitiers dans son arrêt du 29 juin 1925 *Epoux Devineau c. Veuve Salver et Leveillé* (*Gaz. Pal.* 25.2.568), aggravant, d'ailleurs, une formule déjà contenue dans l'arrêt précité, que « en exécutant par « les voies de droit une décision qui est ensuite annulée, on crée un « *risque* dont l'incidence définitive doit être déterminée par l'issue du « litige ». Car nous persistons à croire que le problème qui se pose en pareille matière est essentiellement moral et qu'un droit exercé de bonne foi ne devrait pouvoir donner lieu à dommages-intérêts au profit de la partie qui se prétendrait lésée par des actes rentrant dans les facultés légales de l'exercice de ce droit.

Il nous semble également qu'on part d'un point de vue erroné lorsqu'on soutient qu'une application remarquable de la théorie de l'abus du droit aurait été faite dans un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 11 juin 1925 *Chemin de fer du Midi c. Vve Rongier et fils* (*Gaz. Pal.* 25.2.411). Il s'agissait, en l'espèce, d'une demande de la Compagnie des Chemins de fer du Midi tendant à obtenir une indemnité pour frais de magasinage de marchandises en souffrance; la Compagnie n'ayant pas fait usage du droit de vente ou de mise sous séquestre que lui accordait l'article 106 du Code de commerce, l'indemnité réclamée par elle s'élevait, par suite de l'accumulation des frais de magasinage, à une somme quarante fois supérieure à la valeur de la marchandise au jour de l'expédition. Statuant sur la réclamation de la Compagnie, le tribunal estima que « les droits de magasinage, de par leur nature « même, ne peuvent avoir qu'une durée précaire, et qu'il arrive un moment où la vente s'impose » qu'ainsi « en n'usant pas dès le début du « litige du droit qui lui assurait sans aucun risque la couverture des « frais alors exposés par elle et la faisait, de plus, rentrer en possession du matériel immobilisé à une époque où celui-ci faisait généralement défaut, la Compagnie du Midi a commis une faute ». Il « déclare que la Compagnie « en n'usant pas de la faculté qui lui « était réservée de faire vendre la marchandise en souffrance, a voulu « bénéficier des avantages résultant pour elle des tarifs de magasinage, « tarifs qui, par leur progression rigoureusement appliquée, conduisent « à cette situation paradoxale qui fait que le montant des frais de magasinage et de stationnement s'élèvent, en réalité, à plus de quarante « fois la valeur de la marchandise à l'époque de l'expédition; que, ce « faisant, la Compagnie du Midi a, sans motif réel et alors qu'elle « pouvait l'éviter, causé volontairement... un préjudice en.. imposant des « frais accessoires, hors de proportion avec ceux du contrat principal... ».

Voilà bien encore un cas, non pas d'abus du droit proprement dit,

Tout d'abord, nous pouvons nous dispenser d'insister ici sur une distinction qui a été faite entre la théorie de l'abus du droit et celle du détournement de pouvoir en tant qu'elles s'appliqueraient toutes deux dans le domaine du droit administratif. Quoiqu'il ne soit pas dans nos intentions de nier absolument l'application de la première en droit administratif, nous ne croyons pas pouvoir lui reconnaître l'importance que semble lui attribuer M. Hauriou dans sa note précitée sous l'arrêt *Zimmermann* du 27 février 1903 (1). En effet, la théorie de l'abus du droit — telle que nous la comprenons — visant essentiellement les déterminations de volonté, envisagées sous le rapport des fins poursuivies par des activités libres, son application au domaine de l'opération administrative nous

mais d'application ordinaire de la théorie de la responsabilité civile bien que — nous le concédons — il présente beaucoup de ressemblance avec un détournement de pouvoir. Si la Compagnie des chemins de fer était parfaitement en règle avec le texte même de la loi et qu'en ce sens la demande en remboursement de frais pût à la rigueur être considérée comme légitime, un examen même superficiel des faits de la cause dut révéler immédiatement qu'elle avait, en réalité, dépassé les limites objectives de son droit par la méconnaissance *flagrante* de son esprit. Ayant négligé de tenir compte du fait que les droits de magasinage ne peuvent avoir, *en tout état de cause*, qu'une durée précaire, la Compagnie avait commis une faute caractérisée qui n'était déjà plus un simple détournement de son droit, puisque celui-ci avait été exercé dans des conditions situées absolument en dehors des prévisions du législateur (Cf. sur ce jugement, dans *Rev. trim. de Droit civil*, 1925, p. 891, la note de M. DEMOGUE qui voit dans cette décision « une application intéressante de l'idée d'abus du droit »).

V. en ce qui concerne l'étendue d'application de la théorie de l'abus, un cas intéressant de liberté de ne pas contracter dans Cass.-req. 24 novembre 1924 *Soc. Ardéchoise soie de viscose c. Delubac* S. 25.1.217. Un individu qui s'était engagé à faciliter, par tous les moyens en son pouvoir, un projet de travaux se refusa, le moment venu, à vendre sa propriété, bien que celle-ci ne pût lui être d'aucune utilité. Cette attitude étrange put, tout au moins, être qualifiée de capricieuse; elle aurait même pu autoriser des doutes légitimes sur les intentions correctes de l'intéressé. Cependant, la liberté de ne pas contracter étant considérée comme absolue, le juge refusa d'y voir un cas d'abus du droit.

(1) A notre avis, l'arrêt *Zimmermann*, en tant qu'il vise l'irrégularité de certaines opérations administratives, constitue une application pure et simple de la responsabilité pour faute.

conduit tout naturellement à la recherche de l'élément final impliqué dans la décision administrative elle-même qui précède la mise à exécution de l'opération projetée, car les buts déterminant la volonté administrative se concentrent dans la décision exécutoire. Nous sommes donc nécessairement ramenés à la théorie du détournement de pouvoir, qui nous fournit le type classique du contrôle contentieux des fins poursuivies par l'activité de l'administration.

De même, nous écarterons une comparaison qu'on serait peut-être tenté de faire entre la théorie du détournement de pouvoir et celle des *mobiles* dans les actes juridiques privés (1).

Certes, comme celle des actes juridiques publics, la correction des actes juridiques privés, qui constituent une branche importante de l'activité humaine, dépend de certaines fins ultimes poursuivies par leurs auteurs. Dans une pareille comparaison, nous n'aurions, d'ailleurs, pas à changer grand'chose aux idées générales que nous exprimons dans la présente section.

Mais la théorie des *mobiles* dans les actes juridiques est déjà plus complexe que la théorie de l'abus du droit, parce qu'elle intéresse la question des *conditions de validité* d'actes qui peuvent être *plurilatéraux* et qu'en conséquence l'élément *stabilité*, qui demeure en principe étranger à l'élément *moralité*, doit nécessairement jouer un rôle primordial pour la solution du problème de la régularité de l'acte.

Il convient donc de réduire la discussion à ses éléments les plus simples pour éviter toute difficulté.

Etant donné, au surplus, que nous posons comme l'un des termes de la comparaison le détournement de pouvoir, qui affecte *l'exercice des droits de puissance publique* appartenant à l'administration et réalisé par la décision administrative unilatérale, nous devons, pour rester dans le plan de la comparaison, choisir comme deuxième terme l'abus qui se révèle, *d'une manière générale*, dans l'exer-

(1) Cf. pour la théorie des *mobiles* L. JOSSEMAND, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928.

*cice de leurs droits par les particuliers sans entrer dans un examen spécial de la validité des actes juridiques privés, laquelle, envisagée dans ses caractères particuliers, n'intéresse plus directement la théorie du détournement des droits.*

La comparaison que nous avons à faire s'établit ainsi uniquement entre la théorie de l'abus du droit en droit privé et celle du détournement de pouvoir en droit administratif (1).

I. — a) Pour justifier le rapprochement des deux théories, il convient de rappeler, tout d'abord, qu'en droit privé comme en droit public, la limitation dernière d'un droit ne peut découler directement de l'ensemble des dispositions légales qui l'ont reconnu ou défini. « L'idée qui est à la base des deux théories est, en effet, la même. C'est celle qu'à côté de la limitation d'un droit *dans son contenu*, il y a une autre limitation, plus délicate sans doute à préciser, mais d'ordre juridique comme la première, qui est sa limitation *par le but que peut se proposer le titulaire d'un droit en l'exerçant* » (Michoud, *op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 30).

Pour trouver, en droit public, l'équivalent de la théorie civiliste de l'abus du droit telle que nous l'avons exposée, il faut supposer que l'acte administratif, par ailleurs conforme au texte de la loi, mais tendant à un but irrégulier, ne fasse pas apparaître trop ouvertement le vice qui l'entache. Car un acte manifestement abusif devrait, comme le délit civil au sens propre de ce mot, être considéré non pas comme devant tomber sous le contrôle de la moralité proprement dite, mais plutôt sous celui de la légalité, puisque le vice apparent de l'acte le fait apparaître, dès l'abord, comme ayant été pris dans des conditions telles qu'il s'oppose d'une manière directe aux principes formels de notre organisation juridique.

(1) Le plan que nous avons adopté nous oblige à anticiper ici sur les développements que nous donnons plus loin à propos de l'étude du détournement de pouvoir (V. pages 144 et s.).



Quoi qu'il en soit, le parallélisme entre la théorie du droit privé et celle du droit public est déjà suffisamment marqué par le fait que nous nous trouvons en présence de deux théories qui, l'une comme l'autre, tendent à réprimer certains buts irréguliers que peuvent se proposer l'activité libre normale et par ailleurs légale de la personne privée, d'une part, et l'action discrétionnaire de la puissance publique, d'autre part, contrairement à l'esprit de nos institutions juridiques.

Les deux théories sont donc également d'essence *disciplinaire*. L'une et l'autre font entrer dans le droit des notions de moralité qui sont particulièrement de nature à assouplir le cadre rigide de la technique juridique. Par elles-mêmes, elles ne tendent nullement à assurer le respect du droit légal, à réprimer les violations ouvertes de la règle de droit. Au même titre que le contrôle du détournement de pouvoir qui ne vise pas du tout la police du *système juridique*, l'abus du droit n'a pas été consacré en vue de maintenir l'exercice des facultés comprises dans les droits individuels dans les limites fixées par la règle s'imposant *du dehors* à la volonté agissante. A notre avis, il est donc inexact de dire qu'en matière d'abus du droit il s'agit d'examiner si l'individu se sert de son droit pour la satisfaction de l'intérêt que la *loi* a entendu protéger (1), comme il n'est pas absolument exact de soutenir que le détournement de pouvoir doit assurer le respect, de la part de l'autorité administrative, du but qu'a eu en vue le législateur en lui reconnaissant ses pouvoirs; il n'est pas difficile de s'apercevoir que celui qui abuse de son droit n'a pas du tout l'intention de contredire une règle du droit positif, de même qu'on constate sans peine que l'agent administratif qui prend une décision entachée de détournement de pouvoir ne prétend nullement opposer ses directives propres à celles données par le législateur ou découlant d'une façon plus ou moins directe de l'ensemble de la législation. Voilà aussi pourquoi nous ne pensons pas que l'expression « abus du

(1) Cf. la note précitée de M. BRÈTHE, *in fine*.

droit » doive être critiquée, comme le pensent certains auteurs qui, cependant, n'admettent pas la théorie toute négative de M. Planiol (1).

Lorsqu'on se sera aperçu que l'exercice malicieux d'un droit n'en diminue nullement la valeur légale, puisque la théorie suppose que le titulaire d'un droit ne fait, dans ce cas, qu'user purement et simplement des facultés comprises dans son droit, on ne trouvera plus que l'expression « abus du droit » est vicieuse, qu'elle n'est qu'un pis-aller, mais, qu'au contraire, elle répond parfaitement à la situation qu'elle doit caractériser, comme le détournement de pouvoir marque bien les écarts commis par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires et légaux.

*Ainsi, l'abus du droit est essentiellement le détournement de pouvoir du droit privé en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un droit subjectif privé soit détourné de son but normal pour servir à des fins allant directement à l'encontre de la morale sociale.*

En définitive, ce qui, à notre avis, justifie pleinement le parallélisme que nous établissons, bien que l'une des deux théories vise essentiellement la décision exécutoire d'un organe administratif en dehors de toute considération portant sur la régularité d'un acte du commerce juridique, alors que l'autre ne s'applique qu'à des opérations matérielles, soit même, et sous le bénéfice des remarques faites plus haut (p. 106), à des actes du commerce juridique, séparés des déterminations de volonté individuelles qui leur ont donné naissance, c'est, qu'en dépit de cette différence, elles visent également et exclusivement à la critique des fins auxquelles ne peuvent légitimement tendre des volontés libres. « L'abus du droit, dit M. Hauriou, comme le détournement de pouvoir, sont affaire de motifs (2) : le juge « doit peser les motifs qui ont guidé l'autorité dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, se demander s'ils

(1) Cf. note précitée de M. BRÈTHE.

(2) Nous dirions « affaire de motifs déterminants ou de buts ».

« sont raisonnables et justes ou, au contraire, déraisonnables et injustes » (1).

b) Poursuivant notre comparaison, nous constatons que, dans les deux théories, le contrôle du but ne s'exerce en général que par voie indirecte, c'est-à-dire par l'examen des circonstances *objectives* dans lesquelles est intervenu l'acte incriminé, le but irrégulier d'une décision exécutoire ainsi que la fin malicieuse ayant déterminé l'activité privée n'étant pas, la plupart du temps, avoués par les intéressés. La preuve, aussi bien de l'abus que du détournement de pouvoir, se fera le plus souvent de façon négative. Il ne sera pas démontré précisément que le titulaire du droit ou l'autorité publique ont fait usage de leurs prérogatives dans tel but déterminé considéré comme irrégulier, mais qu'étant données les circonstances, ces prérogatives n'ont pu être exercées en vue de la poursuite d'une fin correcte. L'acte vicié sera censuré, parce qu'il résultera, d'une façon certaine, des faits de la cause ou des motifs exprimés dans la décision attaquée que l'auteur de l'acte ou le titulaire du droit a agi dans des buts autres que ceux qui pouvaient être légitimement poursuivis.

Notons, en outre, qu'en droit public comme en droit privé, il pourra arriver, dans ces conditions, que bien que tendant effectivement à un but tout à fait correct eu égard aux intentions réelles de la personne agissante, un acte soit censuré en raison du défaut absolu de correspondance entre la décision prise ou l'acte accompli et les circonstances de fait dans lesquelles cette décision ou cet acte est intervenu, ledit vice étant, par lui-même, de nature à faire supposer l'incorrection *objective* du but de l'acte. Car ni le juge civil et encore bien moins le juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaissent le droit de scruter tous les replis de la conscience de l'auteur même d'un acte prétendu vicié ou détourné de sa fin régulière afin de rechercher quelles étaient ses intentions précises. Aussi, dans les deux théories,

(1) Note sous Cons. d'Et. 17 juillet 1925 *Association amicale du personnel de la Banque de France* S. 25.3.33.

le contrôle de la fin poursuivie par les intéressés présente-t-il un caractère objectif plus ou moins nettement marqué.

II. — Cependant, lorsque nous envisageons les applications variées des deux théories, si semblables par certains traits de leur caractère juridique propre, nous constatons également des écarts assez sensibles. Cela n'est pas pour nous étonner si nous tenons compte du fait que, comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, l'abus du droit et le détournement de pouvoir visent chacun des catégories d'actes qui diffèrent quant à leur nature.

a) En effet, l'abus du droit ne peut être relevé qu'à l'occasion de faits ou actes matériels ou juridiques, après réalisation des intentions, l'affirmation unilatérale de la volonté de la personne du droit privé restant par elle-même, en principe, indifférente au droit, alors que le contrôle du détournement de pouvoir, qui s'attaque directement à la pensée même de l'administration, vise la décision exécutoire dans laquelle se concrétise précisément la seule détermination de volonté de l'agent administratif et qui, avant toute exécution, produit déjà des effets de droit à l'égard des administrés. Voilà pourquoi, en droit privé, on a pu confondre la théorie de l'abus du droit, qui est essentiellement morale, avec le principe de la responsabilité civile proprement dit, qui, sans viser la manifestation de volonté pour elle-même, n'a trait, avant tout, qu'à la réparation des conséquences dommageables de faits matériels imputables à une faute caractérisée de l'auteur du dommage (1).

b) Une différence encore bien plus sensible que celle que nous venons de mentionner résulte du fait qu'en principe, le but assigné à l'exercice d'un droit privé ne peut, pour la grande majorité des droits, être défini que d'une façon absolument *négative*.

(1) Dans sa note sous l'arrêt *Zimmermann*, M. HAURIOU ne semble pas avoir bien aperçu tout l'intérêt qu'il y a à établir une distinction de principe entre la théorie de la responsabilité proprement dite et celle de l'abus du droit.

Nous savons qu'en général ce but est unique, en ce sens qu'il se rapporte presque toujours, pour la plupart des droits subjectifs exercés par les intéressés, à la satisfaction d'intérêts personnels appréciés souverainement par le titulaire du droit. Tout ce qu'en général on exige de l'individu, c'est qu'il ne porte pas une atteinte directe à certains principes de moralité élémentaire qui se trouvent à la base de toute organisation sociale. Bien que, théoriquement, à chaque droit corresponde un devoir particulier corrélatif à celui-ci, ce devoir ne peut presque jamais être déterminé d'une façon positive (1). L'exercice de leurs droits privés par les particuliers n'est, en général, pas désintéressé. S'il ne doit pas se poursuivre contrairement au Bien commun, celui-ci n'en est cependant pas le but immédiat. La moralité privée se réduit donc le plus souvent à ceci : l'homme vivant en société ne devra jamais exercer les facultés impliquées dans ses droits subjectifs avec l'intention de porter malicieusement, sans aucun avantage direct pour lui-même, préjudice à autrui.

Nous savons qu'en droit administratif les choses ne se présentent pas avec la même simplicité. A chaque droit exercé par l'autorité administrative correspond un but nettement déterminé, qui est le but de service. Ainsi, alors que la théorie de l'abus du droit privé ne trouvera à s'appliquer que dans des cas relativement rares (2), la théorie du détournement de pouvoir sera d'une application très fréquente. Rappelons encore une fois que cela tient à ce que le droit administratif est à base institutionnelle, tandis que le droit privé règle des rapports essentiellement sub-

(1) Cf. G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 389 et s.

(2) « La question de l'abus du droit, déclare M. RIPERT (*op. cit.*, p. 173), « ne peut se poser que rarement ». Et cela est même déjà exact pour les seuls actes entachés de buts malicieux. Car, dit M. RIPERT, « le plus souvent, quand une personne veut nuire à autrui, elle sort des conditions régulières de l'exercice des droits. Emportée par sa passion, elle franchit les bornes que la loi ou la jurisprudence ont mises à son activité. Il n'est plus besoin de rechercher l'intention, puisque l'action par ses caractères mêmes est génératrice de responsabilité. L'irrégularité de l'acte rend inutile l'appréciation des motifs ».

jectifs, et que si, pour être vraiment efficace, le contrôle du but en matière administrative doit pénétrer tous les recoins des manifestations de volonté des agents publics, le contrôle de l'abus du droit peut se contenter de visées moins étendues. Les solutions données par le Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir seront donc nécessairement plus variées en même temps que plus intéressantes que celles fournies par la jurisprudence judiciaire en matière d'abus du droit (1).

c) Enfin, il y a une dernière constatation qui s'impose : Il est à noter, en effet, que les *actes arbitraires* du droit privé, c'est-à-dire les actes soustraits à tout contrôle judiciaire quant au but auquel ils tendent, sont, aujourd'hui encore, relativement nombreux, alors qu'en droit administratif la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, tenant toujours compte du caractère institutionnel de l'administration, a complètement écarté l'*acte discrétionnaire*. Il est généralement reconnu que les tribunaux judiciaires n'ont pas à contrôler l'usage bon ou mauvais fait, par une personne, de sa liberté de tester ou de sa liberté de ne pas contracter ; nous savons également que l'exercice de la puissance paternelle et maritale comporte encore des facultés qui échappent, en principe, à toute appréciation du juge. En droit public, si l'on fait abstraction de la théorie un peu spéciale des *actes de gouvernement*, le phénomène équi-

(1) « En droit public français, déclare M. JÈZE (*Rev. dr. p.* 1922, « p. 386), la théorie des *motifs déterminants* joue, dans la pratique, un « rôle beaucoup plus important qu'en droit privé. En effet, l'idée fon-  
« mentale du droit public est que l'activité des agents publics,  
« l'exercice de leur compétence ne peuvent avoir pour *motif*  
« *déterminant* que le bon fonctionnement des services publics,  
« Il suit de là que, pour tout acte juridique accompli par un  
« agent public, tous les intéressés peuvent soutenir que l'acte a eu un  
« motif déterminant *autre que l'intérêt public*. Ceci donne à la théorie  
« des motifs déterminants du droit public un développement consi-  
« dérable. C'est là une grande différence avec le *droit privé*, où la capa-  
« cité est la règle, où la loi n'assigne pas à l'activité de chaque indi-  
« vidu un but précis, où la *capacité* est déterminée par des propositions  
« *negatives*, alors que la *compétence* est déterminée par des proposi-  
« tions *positives* ».

valent fait absolument défaut. Les actes de la puissance publique, les actes de police proprement dits, qui, autrefois, furent considérés comme intangibles, presque au même titre que les actes de gouvernement, qui le sont encore, tombent tous aujourd'hui sous le contrôle juridictionnel de la moralité exercé par le Conseil d'Etat.

III. — De l'ensemble des développements fournis ci-dessus, il résulte suffisamment qu'abstraction faite des particularités propres à chacune des deux théories, particularités tenant à la nature des deux branches du droit considérées ici, l'*abus du droit* et le *détournement de pouvoir* sont intimement liés par l'idée de *moralité* qui se trouve à leur base. Ces deux théories constituent en quelque sorte « deux rameaux  
« issus d'une souche commune, deux manifestations d'une  
« seule et même idée, à savoir que nos prérogatives, qu'elles  
« soient d'ordre privé ou bien d'ordre public, qu'elles res-  
« sortissent à notre personnalité même ou bien à la fonc-  
« tion dont nous sommes investis, ont une valeur sociale et  
« non point abstraite; elles doivent donc se réaliser sociale-  
« ment, en conformité du but auquel elles répondent, but  
« variable, sans doute, avec les pays, les époques et les  
« rapports juridiques, mais but qui se retrouve partout et  
« toujours, qui forme l'essence même de nos droits et en de-  
« hors duquel ceux-ci perdraient jusqu'à leur raison d'être  
« et jusqu'à leur justification ». « Destinés à réaliser la  
« notion de *but* dans le droit, elles ne peuvent être qu'étroi-  
« tement apparentées » (L. Josserand, *Esprit des droits*,  
p. 243 et 244). L'une comme l'autre de ces deux théories ne peut être bien comprise que si l'on abandonne, en ce qui concerne l'appréciation de la valeur juridique des actes de la vie humaine, le point de vue strict et exclusif de la *légalité*; car celui-ci, même entendu dans le sens le plus large comme englobant les principes généraux du droit et les idées variées renfermées dans notre législation, ne peut, en réalité, atteindre que les *dépassements réels* du droit et les excès de pouvoir *flagrants*; il ne saurait donc nous four-

nir que des bases factices pour l'appréciation d'activités apparemment régulières qui ne révèlent leurs vices cachés qu'après avoir passé par le crible d'un examen de caractère essentiellement disciplinaire poursuivi sur les indices fournis par les circonstances de chaque cas particulier, en vue de la découverte des motifs et des buts plus ou moins avouables qui ont déterminé l'acte ou la décision attaqués.

Les différences qui, d'autre part, séparent nos deux théories tiennent surtout, d'un côté, à la plus grande souplesse et à l'étendue du domaine d'application du contrôle contentieux de la moralité administrative qui ne tend pas à assurer directement la protection de droits subjectifs comme le fait, plus ou moins, le contrôle de l'abus du droit, de l'autre côté, à la rigidité apparente du contrôle de l'abus, lequel, n'aboutissant à censurer la poursuite de buts immoraux qu'au cours d'une action en réparation, à l'occasion de préjudices causés à des tiers, ne réprime que l'activité exercée avec l'intention de nuire à autrui, négligeant généralement les actes accomplis par pur caprice, ceux qui ne présentent aucun avantage bien sérieux pour la vie de l'individu et qui, loin de développer sa personnalité, constituent un gaspillage d'énergies qui auraient pu être employées à des fins plus utiles.

Si, à l'heure actuelle, un certain nombre de droits subjectifs privés ont perdu leur ancien caractère pour se transformer en *statuts*, c'est-à-dire en simples pouvoirs réglementés en vue de la réalisation de fins précises, tendances qui se sont fait jour notamment en législation industrielle et plus récemment encore en matière de loyers, il n'est cependant pas souhaitable que, dans l'état actuel de notre droit, les tribunaux, s'inspirant des idées directrices exploitées par le législateur, fixent des limites trop sévères à la libre activité individuelle. On peut, néanmoins, concevoir que le juge civil tout en évitant de pénétrer dans le domaine de ce que nous pourrions appeler la *discrétionnalité privée* — ce qui constituerait déjà un dépassement manifeste du contrôle de la moralité pro-



prement dite — étende quelque peu son intervention dans le domaine de la moralisation de la vie privée en censurant, par exemple, à côté des actes accomplis par pure malice, les actes de ceux qui exploitent la faiblesse ou l'ignorance d'autrui ainsi que les agissements nuisibles poursuivis dans des intentions capricieuses *nettement* caractérisées (1). C'est ainsi, notamment, qu'en dehors de toute

(1) M. G. RIPERT, dans l'ouvrage déjà cité plus haut, propose d'entrer hardiment dans la voie de la moralisation des actes de la vie privée. L'adoption d'une pareille théorie, adoption qui, dans l'état actuel de notre droit demeure évidemment très problématique, rapprocherait singulièrement l'activité privée de l'activité administrative. Comme en droit administratif, chaque acte de la vie privée aurait son but nettement déterminé.

« Sommes-nous, demande l'auteur (*op. cit.*, p. 185 et s.), arrivés à la « dernière forme de la théorie de l'abus du droit ? On peut en douter. « Telle que nous l'avons formulée, elle a pour but d'empêcher l'acte « volontaire d'hostilité envers autrui. Elle évite l'action inutilement mal- « faisante. La morale demande quelque chose de plus. Celui qui use de « son droit pour faire le mal contrevient au devoir de justice, mais celui « qui n'en use pas pour faire le bien n'accomplit pas le devoir de cha- « rité. Ne viendra-t-il pas un jour où le droit considérera pour quelles « fins nous usons des droits qui nous sont confiés ? Il ne suffira pas « alors de dire pour sa défense que l'on a agi sans dol, il faudra prou- « ver de plus que l'on a agi pour des *fins légitimes*. Celui qui détour- « nera le droit du but pour lequel le législateur le lui a donné engagera « sa responsabilité ».

Reprenant l'idée déjà émise par M. JOSSERAND en 1905 il estime qu'a- lors « le motif *illégitime* précédant l'exercice du droit vicierait l'acte « accompli, tout comme la cause illicite antérieure au contrat suffit « à l'annuler ». « L'acte serait bien objectivement irréprochable, mais « le juge apprécierait si l'auteur poursuivait un but utile et raisonnable. « L'exercice du droit ne serait une protection que dans la mesure où l'ac- « tivité serait jugée raisonnable ».

Mais M. RIPERT fait des réserves: il ne se dissimule pas que « cette « conception offre le redoutable danger du contrôle arbitraire du juge « sur l'exercice des droits ». « Elle suppose, dit-il, de la part du juge « une délicate appréciation sur les motifs légitimes de l'action. Elle « correspond à un degré supérieur de la moralité publique ».

Et nous sommes d'accord avec l'auteur pour reconnaître, sans toute- fois partager son optimisme, que « pour que ce degré supérieur puisse « être atteint sans compromettre la nécessité dans l'action que doit « conférer le droit, il faut attendre que la technique juridique dégage « les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice « des droits ». « Cette analyse ne peut être faite, déclare l'auteur, qu'en « réglementant les fins de chaque droit déterminé. Il sera prudent de

consécration formelle, le principe de la *lésion*, laquelle ne constitue pas du tout le vice du consentement auquel, en vertu du faux postulat d'une autonomie de la volonté mal comprise, on a cru pouvoir la ramener, pourrait s'appliquer dans tous les cas où il serait prouvé que, par une atteinte flagrante aux règles de la moralité privée, la personne dont les agissements ont causé le préjudice, a voulu profiter de l'ignorance d'autrui pour s'attribuer des avantages hors de proportion avec la prestation fournie (Cf. Gaston Morin, *La Loi et le Contrat*, p. 66 et s.; comp. également L. Josserand, *Mobiles dans les actes juridiques*, p. 124 et s.).

Quoiqu'il en soit, et si le mérite de la conception finaliste de l'abus est précisément, selon les termes de M. Josserand, « d'assurer un parallélisme constant entre la notion civile de l'abus et la notion administrative du détournement de pouvoir dont le caractère téléologique est certain », il y aura néanmoins toujours un écart sensible et

« dire, à propos de chaque droit, dans quel cas l'exercice en deviendra abusif. Le Code civil nous offre des exemples de cette détermination à propos de la résiliation unilatérale du mandat ou de la société. On concevrait très bien une organisation technique des droits permettant d'atteindre l'abus ». « Quand ce résultat aura été acquis, dit l'auteur, nous aurons gagné un degré supérieur dans la moralisation des actions humaines par le droit ».

L'idéal proposé par M. RIPERT est évidemment très séduisant. Mais, si cette doctrine ne tend pas simplement à la défense du relativisme des droits qui a été mis en lumière par M. Josserand et que nous nous refusons à confondre avec l'abus (et nous croyons qu'il n'en est pas ainsi puisque M. Ripert déclare lui-même à la suite du passage que nous venons de citer que ses remarques ne changent rien au fondement psychologique de l'abus), elle risque, sous prétexte d'assurer efficacement la sanction de la moralité dans les rapports du commerce juridique de la vie privée, d'énervier les libres initiatives individuelles. Car, si nous ne pouvons approuver ceux qui se refusent à croire que la jurisprudence puisse arriver à ce sujet à des déterminations plus précises et si nous reconnaissons volontiers que, dans la jurisprudence récente, des jalons ont déjà été posés en ce sens, nous devons remarquer que la fixation des limites précises, en deçà desquelles l'activité privée doit nécessairement demeurer absolument libre, se heurtera à des difficultés encore bien plus grandes que celles devant lesquelles s'était trouvé le Conseil d'Etat pour une détermination non équivoque du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

inévitables entre le contrôle de l'abus du droit, d'une part, et le contrôle de la moralité administrative, d'autre part. Cela tient au fait, par lui-même évident, que, quelque large que puisse être le point de vue que l'on adopte en ce qui concerne les possibilités d'application de la théorie de l'abus, il sera toujours impossible aux tribunaux judiciaires de fournir à cet égard l'équivalent exact des progrès réalisés par la jurisprudence administrative en ce qui concerne le contrôle du détournement de pouvoir; car les données de la vie privée où l'élément *fonction*, si important soit-il, ne jouera toujours qu'un rôle secondaire, ne peuvent, bien entendu, être situées sur le même plan que celles de la vie administrative où toutes les énergies sont constamment tendues vers la poursuite *ordonnée* des fins précises déterminées par l'idée des services à rendre au public, conformément à la mission propre du pouvoir administratif.

---

## CHAPITRE IV

### **Hierarchie administrative et contrôle de la moralité Moyens administratifs ayant préparé ou facilité le contrôle du juge**

---

Le respect des règles découlant de l'idée de la bonne administration n'est pas seulement assuré par l'action du contentieux, il l'est également, dans un plan parallèle à celui-ci, par le principe de la hiérarchie administrative. Par ailleurs, l'œuvre du juge administratif a été préparée, appuyée et même facilitée par certains moyens de contrôle administratifs tels que l'obligation, imposée aux administrateurs, de motiver certaines de leurs décisions.

Dans une première section nous attirerons brièvement l'attention sur le contrôle hiérarchique pour nous occuper, ensuite, dans une deuxième section, des motifs de la décision administrative.

#### SECTION I

##### La hiérarchie administrative

I. Pouvoir et contrôle hiérarchiques. — II. Différences essentielles entre le contrôle administratif et le contrôle juridictionnel.

Dans la présente section nous allons indiquer sommairement, pour les rapprocher notamment du contrôle du juge, quelques-uns des traits caractéristiques du contrôle hiérarchique par lequel les chefs de service tendent à assurer

non seulement la légalité, mais encore et avant tout, la moralité et l'opportunité des actes et agissements de leurs subordonnés.

I. — Nous savons qu'aux origines de l'histoire des recours contentieux, le recours hiérarchique était le préalable indispensable à toute intervention du juge. Cette condition mise à l'exercice du recours contentieux disparut par la suite. Mais bien que, dans ces conditions, l'étude du contrôle hiérarchique ne se rattache plus, aujourd'hui, directement à la question du contrôle juridictionnel de l'activité administrative, nous tenons à mentionner ce contrôle purement administratif parce qu'il se combine encore utilement avec l'effort jurisprudentiel à l'effet de maintenir, par toutes les ressources que comporte le principe hiérarchique, l'activité administrative dans ses justes limites.

Il est à peine besoin de rappeler que le principe de la hiérarchie administrative, qui constitue une des bases essentielles de tout l'édifice administratif et qui est également un des aspects de la centralisation administrative, dont nous connaissons l'importance dans notre droit public, tend à assurer, avant tout, l'unité de vues et l'unité d'action dans les multiples rouages de l'organisation administrative. Grâce au pouvoir hiérarchique exercé par les agents supérieurs sur la personne même des agents inférieurs, grâce au contrôle hiérarchique exercé par les chefs de service sur les actes de leurs subordonnés, l'intervention des organes supérieurs se réalisant en vue du bien public pénètre jusqu'au bas de l'échelle administrative pour imposer partout son esprit et obliger, notamment, tous les agents ayant pouvoir de décision à collaborer d'une façon coordonnée et avec la loyauté indispensable au règlement des intérêts dont ils ont la charge (1).

(1) « Le pouvoir hiérarchique se décompose en les éléments suivants :  
« 1° la *procuration d'action*, c'est-à-dire le fait d'actionner les subor-  
« donnés en leur détaillant des instructions; 2° le *contrôle hiérarchique*  
« sur les actes accomplis par eux; 3° le *pouvoir disciplinaire* sur la

La hiérarchie administrative, c'est la police de l'institution administrative avec ses circulaires, instructions, mesures disciplinaires, annulations et réformations d'actes, tendant à assurer la régularité, la moralité et l'opportunité dans l'action des agents administratifs qui dépendent les uns des autres, par des moyens strictement administratifs, comme le contrôle contentieux de la moralité tend à assurer l'observation d'une discipline analogue, réserve faite des questions d'opportunité, qui rentrent, comme nous le savons, dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration active, par des moyens proprement juridictionnels.

C'est ainsi qu'un même effort se poursuit, d'un côté, par l'action de l'autorité supérieure sur les organes inférieurs, à l'effet, notamment, de veiller, par la mise en œuvre du principe fécond du contrôle hiérarchique, à la correction légale et morale, mais aussi et plus particulièrement à la correction technique des mesures prises par les agents subordonnés, de l'autre côté, par le contrôle contentieux exercé par le juge de l'excès du pouvoir à l'effet de sanctionner les règles juridiques de discipline qui, par delà la loi, s'imposent à toute l'activité administrative.

II. — Ces remarques nous amènent également à préciser la différence fondamentale qui existe entre le contrôle hiérarchique et le contrôle du juge. Le premier s'exerce non seulement sur les actes et décisions des agents subordonnés, mais encore sur leurs agissements, soit pour annuler ou réformer leurs actes, soit pour réprimer leurs écarts, alors que le contrôle contentieux vise exclusivement à éliminer du domaine administratif toute décision exécutoire irrégulière. Si, d'une part, le contrôle hiérarchique peut aboutir à la réformation des actes des agents inférieurs aussi bien pour un vice proprement juridique que pour inopportunité de la décision prise, le contrôle contentieux, d'autre part,

« personne des subordonnés; 4° l'avancement hiérarchique, qui permet « aux agents subalternes de s'élever eux-mêmes dans les degrés de la « hiérarchie » (M. HAURIOU, *op. cit.*, II<sup>e</sup> éd., p. 51).

ne tend, pour ce qui regarde le contrôle objectif de l'excès de pouvoir, qu'à l'annulation de l'acte vicié pour violation des règles de la bonne administration. Notons, au surplus, que l'administration active peut agir d'office, qu'elle n'est pas obligée d'attendre les réclamations des administrés pour intervenir, alors que le procès administratif fait à l'acte ne s'engage que sur réclamation contentieuse.

En résumé, si le contrôle administratif présente, avant tout, un caractère technique parce qu'il porte sur tous les éléments de l'activité administrative, le contrôle juridictionnel est un contrôle spécifiquement juridique parce que le juge ne s'applique qu'à sanctionner les règles dérivant directement de la loi ainsi que celles qui découlent du principe de la bonne administration et de la moralité administrative, sans rechercher si, bonne administration et moralité étant hors de cause, l'action de l'autorité administrative s'adapte exactement aux faits (1).

## SECTION II

### Les motifs de la décision administrative et leur valeur

- I. Obligation de motiver les décisions exécutoires, imposée par la loi. — II. Contrôle de la valeur des motifs. — III. Caractère de l'énoncé des motifs. — Appendice : Le contrôle parlementaire.

I. — Si le contrôle hiérarchique n'a guère plus aujourd'hui de rapports immédiats avec le contrôle de l'excès de pouvoir, nous allons rencontrer un moyen administratif qui

(1) Nous croyons inutile d'insister ici sur le contrôle tutélaire dont nous savons qu'il ne comporte pas toutes les possibilités d'action du contrôle hiérarchique, notamment en ce qui concerne la réformation par l'agent supérieur de l'acte d'un agent inférieur. Sous ce rapport, le contrôle de tutelle se rapprocherait du contrôle de l'excès de pouvoir qui lui aussi ne peut jamais qu'aboutir à l'annulation de l'acte.

Pour plus de détails sur toutes ces questions et notamment pour la distinction du recours hiérarchique et du recours contentieux nous renvoyons au *Précis* de M. HAURIOU (11<sup>e</sup> éd., p. 50 et s.).

facilite d'une façon directe et dans une mesure appréciable l'investigation du juge.

Nous visons la règle qui oblige les agents administratifs à motiver certaines de leurs décisions.

Cette règle n'est apparue que très tard dans notre droit administratif; elle n'a été généralisée qu'au commencement du xx<sup>e</sup> siècle, surtout après le vote de la loi du 8 juillet 1908 qui prescrit la motivation des arrêtés de suspension et des décrets de révocation des maires et adjoints (art. 86 de la loi municipale). Cependant, il ne faut pas oublier qu'encore aujourd'hui, en dehors d'une disposition formelle de la loi, les décisions administratives n'ont pas besoin d'être motivées, règle qui a été formellement consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat (V. not. Cons. d'Et. 11 août 1916 *Leguay*, 7 juillet 1916 *Lévi* S. 17.3.41). En fait, il arrive souvent que des agents administratifs, pour justifier leur intervention, expriment les motifs de leur décision dans les cas où ils n'y sont pas légalement obligés.

La loi édictant l'obligation de motiver implique, pour les agents publics, le devoir d'exprimer, lorsqu'ils accomplissent un acte de leur fonction, les motifs précis se trouvant à la base de leur intervention. On s'aperçoit immédiatement que, de ce fait, déjà, la liberté de décision de l'agent peut être considérablement restreinte. Les inconvénients qui pourraient en résulter pour le développement des initiatives de l'administration sont largement compensés par les avantages qui en découlent pour la bonne administration, l'agent étant obligé de peser les motifs de son action avant d'accomplir un acte de sa fonction et les tribunaux pouvant, dans ces conditions, apprécier avec plus de facilité la valeur de la décision intervenue. En effet, l'obligation de motiver constitue déjà par elle-même un frein puissant à l'arbitraire administratif. Un agent se verra bien plus gêné pour prendre telle mesure dictée par un but plus ou moins louable, lorsqu'il sera obligé de se prononcer dans l'acte même sur les raisons immédiates de son action, que dans les cas où il est libre de



garder un silence prudent sur les circonstances précises de son intervention.

Lorsque, pour la première fois, l'idée de la motivation des décisions administratives s'est affirmée, c'est là, à notre avis, tout ce que l'on attendait de cette innovation. La règle légale édictant l'obligation de motiver n'était alors pas encore conçue comme devant faciliter l'effort de la jurisprudence, poursuivi dans le sens de la répression des buts contraires à la bonne administration. Par contre, il semble que lorsqu'il introduisit l'obligation de motiver, le législateur était surtout guidé par le désir de donner plus de publicité aux agissements des agents administratifs, dont les pouvoirs s'étaient accrus dans la mesure du développement des services publics. Au reste, il est permis de supposer que la nouvelle obligation imposée par la loi dut surtout faciliter l'exercice du contrôle appartenant aux Chambres dans le gouvernement parlementaire (1).

Il y a lieu de remarquer qu'aux origines de l'histoire du régime administratif français moderne, alors qu'il s'agissait avant tout de consolider la puissance publique, le système du silence gardé sur les motifs des actes administratifs pouvait se présenter avec quelque apparence de fondement. Mais la réaction contre les exagérations du régime ne dut pas tarder à se produire et le législateur, se rendant à l'évidence, à mesure que la multiplication des besoins exigeait l'extension de l'ingérence administrative, se décida à intervenir pour imposer dans les cas les plus importants l'obligation de motiver, afin de donner au public, maître de l'affaire gérée par l'autorité administrative, la possibilité de se rendre un compte exact des motifs déterminant l'activité de ceux qui se sont chargés de la sauvegarde de ses intérêts.

Cependant, les nouvelles mesures, se bornant à prescrire aux agents de l'administration de se prononcer sur les raisons de fait et de droit qui les font agir, ne furent pas

(1) Cf. note de M. HAURIOU sous l'arrêt *Grazietti* du 31 janvier 1902 S. 03.3.113 *passim*.

de nature à empêcher par elles-mêmes tous les abus possibles. Primitivement — rappelons-le — il n'était pas dans les intentions du législateur d'accorder un recours contentieux contre les actes qui, tout en étant par eux-mêmes conformes à la loi, faisaient apparaître dans les motifs exprimés des intentions irrégulières. Aussi le juge administratif ne saisit-il pas immédiatement l'occasion qui s'offrait à lui pour assujettir les motifs mêmes de l'acte à son contrôle. Cependant, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle il mit à profit l'obligation édictée, dans certains cas, par le législateur pour y asseoir son contrôle de la moralité et, en même temps, pour préciser cette obligation.

En effet, l'obligation, imposée aux agents administratifs, de motiver leurs actes dans les cas prévus par la loi, a permis au Conseil d'Etat de vérifier sur des données *précises* et *apparentes* le but poursuivi par l'auteur d'un acte administratif.

Nous avons déjà vu que ce sont les motifs se trouvant à la base de l'acte qui sont de nature à révéler le but auquel tend la décision administrative. Ainsi, un acte pour lequel l'agent public aura exprimé des motifs faisant apparaître la poursuite d'un but incompatible avec les règles de la bonne administration fera l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs admis aucune dérogation à l'obligation imposée par la loi. Bien que la prescription légale n'ait eu pour but que d'assurer la correction parfaite des décisions de l'administration, un acte administratif violant la règle sera toujours annulé pour illégalité, c'est-à-dire pour vice de forme, eût-il été accompli dans les meilleures intentions, en vue d'une fin absolument régulière, la motivation d'un pareil acte étant dans tous les cas une condition formelle de légalité de la décision. « Lorsqu'un agent public, dit M. Jèze (*op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1922, p. 387 et s.), est tenu, d'après les lois et règlements, de motiver son acte, il doit le faire à peine de nullité de l'acte. L'absence de motifs est alors un vice radical. Cette lacune

« laisse supposer que le motif déterminant n'est pas un motif d'intérêt public. Le Conseil d'Etat ne va pas plus loin. Il ne recherche pas si, en fait, l'acte non motivé a été accompli en vue de l'intérêt public. Il annule l'acte sans admettre l'administration à prouver que l'auteur de l'acte poursuivait un but général rentrant dans sa compétence légale » (1).

II. — Mais le tout n'est pas d'affirmer que, si la loi l'a ainsi ordonné, l'acte doit dans tous les cas être motivé. La question qui se pose, en outre, est celle de savoir si la seule expression de motifs dans l'acte administratif est suffisante pour la légalité proprement dite de l'acte.

Tout d'abord, il est évident que l'on ne pourra vraiment juger de la valeur d'un acte administratif d'après les motifs qui y sont exprimés que si ces derniers sont par eux-mêmes sincères et ne servent pas à dissimuler les véritables intentions de l'auteur de l'acte et le but auquel il tend. En principe, il y a lieu de présumer que les motifs donnés par un agent administratif pour justifier sa décision sont conformes à la réalité des faits et constituent bien les motifs réels ayant déterminé son intervention. Cependant, il est toujours possible que les circonstances fassent apparaître l'inexactitude matérielle des motifs allégués par l'auteur d'un acte. L'acte devra-t-il néanmoins être considéré comme régulier au regard de la loi ? L'inexactitude matérielle des motifs ne constitue-t-elle pas une illégalité lorsque le législateur a établi l'obligation de motiver ?

Il semble, au premier abord, que l'expression des motifs ne constituant qu'un élément formel de l'acte, il n'y ait pas lieu de tirer de la seule inexactitude matérielle relevée dans les motifs une conclusion quant à la valeur juridique de la décision administrative elle-même. Celle-ci ne serait définitivement censurée par le juge chargé d'apprécier la régu-

(1) V. Cons. d'Et. 22 janvier 1892 *Maillet*; cf. aussi la citation de LAFERRIÈRE (*Jur. adm. et rec. cont.*, 2<sup>e</sup> éd., 1896, II, p. 520) donnée en note par M. JEZE, *loc. cit.*, p. 388.

larité de cette décision que si, étant par ailleurs conforme à la loi et ne contenant aucune erreur de droit, elle devrait être considérée comme ne réalisant pas les fins auxquelles elle aurait dû tendre selon les règles de la bonne administration.

Pour résoudre le problème, on a voulu faire des distinctions. On a soutenu que, dans les cas où la loi établit l'obligation de motiver, les motifs exprimés devraient toujours être matériellement exacts pour satisfaire à la règle légale, sinon l'acte ne pourrait en aucune manière être considéré comme régulier. Car, dit-on, le législateur, en prescrivant la motivation, avait évidemment sous-entendu que les motifs exprimés devaient être réels et sincères, en un mot, qu'ils ne pouvaient être des motifs quelconques. De ce point de vue, un acte contenant des motifs matériellement inexacts ne pourrait être considéré comme légalement motivé et cela même dans les cas où, par lui-même, il présenterait un caractère d'utilité certaine et aurait en réalité été accompli dans un but absolument correct. Le contrôle de l'existence matérielle des motifs prescrits par la loi ne serait donc qu'une application normale du contrôle de la légalité proprement dite (1).

Tout en concédant que le législateur, en imposant l'obligation de motiver, n'a pu raisonnablement viser que l'expression de motifs *réels*, il nous sera permis d'admettre que l'agent public aura satisfait à la lettre de la loi lorsqu'il aura *exprimé* les motifs qu'il prétend être à la base de sa décision. La loi ne visant directement que l'expression des motifs et non leur existence en fait, il n'importe pas à la légalité de l'acte, au sens strict de ce mot, que l'agent administratif ait énoncé des motifs conformes à la réalité des

(1) C'est le point de vue soutenu par M. CORNEILLE dans ses conclusions précédant l'arrêt *Camino* du 14 janvier 1916 S. 22.3.10. « Si, dit « le commissaire du gouvernement, le motif est en fait inexistant, si ce « n'est pas un motif, et si ce n'est qu'un prétexte, la loi (§ 3 de l'article « 86 nouveau de la loi du 5 avril 1884) est violée, puisqu'elle veut que « la mesure soit étayée par un motif; si le motif reste inexistant après « examen des faits, il s'efface et disparaît ».

faits ou que les motifs exprimés par lui se révèlent après coup comme matériellement inexacts (1).

Dans tous les cas, là où l'agent administratif est libre d'exprimer ou de ne pas exprimer les motifs de sa décision, il convient d'admettre que l'acte contenant des motifs apparents reconnus erronés ne devra pas nécessairement être considéré comme vicié et qu'il appartiendra au juge d'examiner toutes les circonstances ayant pu influencer sur la décision de l'agent public pour en rechercher le motif déterminant réel et le but réellement poursuivi ; l'acte ne sera annulé par le Conseil d'Etat que lorsque des motifs réels manquent en fait ou en droit ; il sera maintenu si, étant par ailleurs conforme à la règle légale, il présente une utilité quelconque et s'il est possible en conséquence d'admettre que la fin à laquelle il tend est conforme au principe de la moralité administrative. Il convient seulement de remarquer que si l'acte non soumis à la prescription légale énonce des motifs matériellement inexacts, il est plus facilement attaquant qu'un acte non motivé, puisqu'il laisse plus aisément supposer une irrégularité dans la fin poursuivie, la charge de la preuve de la régularité de l'acte incombant, dans ces cas, à l'administration elle-même. En fait, l'acte inexactement motivé sera le plus souvent annulé par le Conseil d'Etat puisqu'il ne sera pas possible à l'administration de prouver la correction des motifs réels ayant déterminé son intervention.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu d'insister sur ce fait que, chaque fois qu'elle en est requise, l'autorité juridictionnelle devra examiner l'existence en fait des motifs exprimés. Elle

(1) « Il faut remarquer, dit M. BONNARD (*op. cit.*, *Rev. dr.* p. 1923, « p. 388) que ce principe de l'existence des motifs ne se confond pas « avec la règle légale, établie pour certaines décisions, d'avoir à les « motiver. Cette dernière règle ne vise pas l'existence du motif, mais « seulement son expression. Elle ne dit pas: il faut que le motif ait une « existence réelle. Elle dit seulement: il faut qu'un motif soit exprimé. « En d'autres termes, l'élément de légalité qu'elle établit pour l'acte, « consiste dans l'expression d'un motif et non dans l'existence réelle « de ce motif... ».

pourra annuler l'acte, lorsque les motifs auront été reconnus inexistants, que l'obligation de motiver ait été imposée par la loi ou que l'administration se soit décidée spontanément à motiver sa décision.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ces questions lorsque nous étudierons en détail les solutions jurisprudentielles en matière de contrôle de l'erreur de fait.

III. — Au point de vue formel, il convient de noter, en outre, que les motifs exprimés selon la prescription du législateur doivent être précis et traduire en termes suffisamment clairs la situation de fait ou de droit servant de fondement à la décision administrative. La prescription légale resterait lettre morte, s'il dépendait de l'agent administratif d'apprécier librement la façon de laquelle il doit exprimer les motifs de sa décision. « Les arrêtés préfectoraux, dit M. Romieu dans ses conclusions précitées dans l'affaire *Jacquin et autres* du 30 novembre 1906 (où il s'agissait d'arrêtés préfectoraux rendus en matière de dérogations au repos hebdomadaire), la plupart du temps, ne contiennent aucune réponse aux moyens particuliers invoqués dans la demande (de dérogation), et se bornent à affirmer, par une formule de style, que l'établissement ne satisfait à aucune des conditions édictées par la loi ; quelques-uns mêmes de ces arrêtés sont de simples feuilles sur lesquelles tout est imprimé, le dispositif et les motifs consistant dans cette formule ( passe-partout ) rédigée à l'avance, sauf le nom de l'industriel qui a été laissé en blanc pour être inscrit à l'encre. Ce n'est pas là ce qu'a voulu la loi, quand elle a exigé l'autorisation individuelle et l'arrêté motivé sous le contrôle du Conseil d'Etat : le juge, dans bien des cas, se verrait dans l'impossibilité de statuer en connaissance de cause et serait réduit à demander à l'administration un supplément d'instruction » (1).

(1) V. encore les concl. précitées de M. CORNEILLE dans l'affaire *Camino*.

\*  
\*\*

*Appendice.* — On pourrait encore mentionner, comme moyen extrajuridictionnel susceptible d'être mis en œuvre pour assurer la moralité administrative, le principe de la responsabilité ministérielle dans le gouvernement parlementaire. La responsabilité politique des ministres devant le Parlement peut, en effet, être considérée comme une garantie de légalité et de moralité pour les actes administratifs. Nous avons d'ailleurs déjà indiqué plus haut que l'obligation de motiver prescrite par la loi peut, à l'origine, avoir été conçue comme devant faciliter le contrôle parlementaire de l'administration. Mais de pareilles recherches nous entraîneraient trop loin et nous feraient sortir du cadre de notre étude ; nous nous bornons donc à attirer l'attention sur la question.

## DEUXIÈME PARTIE

### **SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES**



## OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

---

### A. L'effort de la jurisprudence. — B. Plan.

A. — Au premier rang des moyens tendant à maintenir l'activité administrative dans le cadre fixé par le principe de la bonne administration, nous rencontrons tout naturellement l'action du juge qui, dans la mise en œuvre du contrôle de la moralité administrative, s'est efforcé à dégager et à sanctionner efficacement les règles devant limiter, à côté de la loi, les droits exercés par l'autorité administrative en vertu du pouvoir propre qui lui appartient.

Dans les développements qui vont suivre, nous aurons à étudier l'évolution de la jurisprudence tant administrative que judiciaire dans le domaine du contrôle de la conduite de l'administration, considérée sous le rapport de l'observation par cette dernière des règles disciplinaires qui limitent son pouvoir discrétionnaire; nous aurons à examiner les solutions essentielles de la jurisprudence, à fixer leur importance et leur signification précise pour en tirer ensuite les conclusions qui paraissent s'imposer tant pour le présent que pour l'avenir.

A ce sujet, cependant, une remarque préliminaire doit être faite :

Un coup d'œil rapide sur la jurisprudence relative à notre matière nous fait apercevoir sans difficulté que c'est avant tout le Conseil d'État, juge de l'excès de pouvoir, qui, en dehors de toute interprétation étroite de la loi et faisant abstraction, pour la solution des problèmes souvent délicats soumis à son examen, de toute considération pure-

ment *légale*, a fourni les résultats les plus intéressants et a réussi, tout en croyant pouvoir se dispenser d'observer, dans tous les cas, une terminologie strictement adaptée aux moyens mis en œuvre, à faire pleinement ressortir l'importance de la question du contrôle de la moralité administrative, alors que les tribunaux de l'ordre judiciaire, juges des exceptions d'illégalité soulevées dans les affaires portées devant eux, se sont arrêtés à mi-chemin, parce que, plus imbus des idées de légalité et confondant trop souvent le *droit* avec la *loi*, ils redoutaient de s'aventurer sur un terrain que, par un scrupule exagéré, ils considéraient comme exclusivement réservé aux investigations de la juridiction administrative.

Il ne faudra donc pas s'étonner de ce que nos développements ultérieurs soient principalement consacrés à l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat, alors que nous nous contenterons de remarques plus sommaires en ce qui concerne les solutions du juge de l'ordre judiciaire, qui n'a fourni qu'un faible appoint au développement de la théorie faisant l'objet de nos recherches.

B. — Dans les lignes qui vont suivre, nous nous arrêterons, tout d'abord, à la période antérieure à 1864, au sujet de laquelle nous pourrions d'ailleurs nous borner à quelques remarques très brèves; nous continuerons par l'examen de la période allant de 1864 à 1905 ainsi que de celle allant de 1905 à nos jours; enfin, nous terminerons par un exposé des moyens d'investigation et de la terminologie employés par le Conseil d'Etat dans l'exercice de son contrôle.

Il nous a paru intéressant de faire suivre cet exposé de deux appendices consacrés respectivement à des développements généraux sur les théories dites des *actes de gouvernement* et de l'*illégalité légitime* dans la mesure où elles sont susceptibles d'intéresser notre sujet.

Nous verrons que la division que nous venons d'indiquer et dont nous nous écarterons, d'ailleurs, à plusieurs reprises

sur quelques points de détail pour la commodité de l'exposé nous est imposée par l'histoire même de l'évolution de la jurisprudence, bien qu'à certains égards — nous le concédons volontiers — elle puisse peut-être paraître quelque peu artificielle.

Notons que, pour les diverses périodes énoncées ci-dessus, nous aurons à étudier les solutions jurisprudentielles intervenues en matière de *recours pour excès de pouvoir* et d'*exception d'illégalité*, ce qui nous amènera, ensuite, également à appeler brièvement l'attention sur la pénétration de l'idée de moralité dans le domaine du contentieux de la *responsabilité de la puissance publique*.

Nous tenons à spécifier, d'ailleurs, que, dans l'examen des solutions de détail de la jurisprudence, nous ne nous arrêterons pas, tout d'abord, aux questions de *terminologie* et que nous présenterons nos conclusions en tenant uniquement compte du sens profond des décisions jurisprudentielles, sans attacher une trop grande importance au libellé des formules employées par le Conseil d'Etat.

---

## TITRE I

### LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE AVANT 1864

---

#### Caractère général du contrôle exercé par le juge avant cette date

---

- I. Aspect général du contrôle de l'excès de pouvoir avant 1864. —  
II. Attitude du juge judiciaire. — III. Remarques sur la responsabilité de la puissance publique.

I. — Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, on ne connaît pas encore ce que nous appelons aujourd'hui le contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*, au sens particulier que nous attribuons à ce mot, bien qu'on ait voulu voir dans certaines décisions rendues alors par le Conseil d'Etat des cas typiques d'application du *détournement de pouvoir*.

Il est évident qu'à une époque où le contrôle contentieux de l'administration, en général, n'était encore organisé que d'une façon embryonnaire, où la fameuse théorie de l'acte discrétionnaire, dont nous aurons encore à parler dans nos développements ultérieurs, faisait ses ravages, la question du contrôle de la moralité, dans le sens dans lequel nous l'entendons aujourd'hui, ne put guère se poser.

Le *recours pour excès de pouvoir* (1), qui existait déjà et

(1) Pour l'histoire du recours pour excès de pouvoir cf. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 402 et s.; cf. également M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 387 et s. V. enc. sur ce recours L. DUGUIT, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, 2<sup>e</sup> éd., p. 374 et s.; 3<sup>e</sup> éd., p. 495 et s.; ALIBERT, *op. cit.* — « Le

qui, à partir de 1832, fut considéré comme fondé sur une loi des 7-14 octobre 1790 (1), ne comportait originellement qu'une seule ouverture qui était celle tirée de l'*incompétence* de l'agent administratif et à laquelle est venu se joindre, un peu plus tard, le recours pour *vice de forme* de l'acte administratif. C'était un contrôle de la *légalité* proprement dite, puisque c'est la loi qui règle la compétence des agents publics et la forme des actes, c'est-à-dire les grandes lignes de la procédure administrative.

A cette époque, d'ailleurs, le recours pour excès de pouvoir proprement dit ne comportait pas encore pour le juge administratif la faculté d'annuler les décisions administratives pour violation ou fausse application de la loi de fond. Cela tient à ce que, primitivement, ce recours était surtout conçu comme devant assurer un minimum de discipline dans le fonctionnement de l'administration, à maintenir un ordre *superficiel* fondé sur l'observation stricte des compétences légales et des formes administratives.

En ce sens, on pourrait donc considérer ce recours pour incompétence ou pour vice de forme bien plus comme tendant à assurer une certaine *moralité* — très rudimentaire — dans la gestion des affaires publiques, que comme visant à sanctionner l'obligation, pour les agents administratifs, de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à un postulat de la *légalité*.

Il reste, cependant, que si, dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, on prit déjà conscience d'un certain *ordre* s'imposant à l'administration publique, on n'eut pas encore l'idée que l'autorité administrative pût être contrainte, par

« contentieux de l'excès de pouvoir, dit M. HAURIOU (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. « 37), a astreint les décisions exécutoires à des conditions étroites de « *légalité* et de *moralité*, il a organisé en des constructions savantes « l'observation des compétences, celle de la loi, la déontologie de la « fonction ».

(1) Loi des 7-14 octobre 1790: « L'Assemblée nationale... décrète... « 3<sup>e</sup> Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux; elles seront « portées au roi, chef de l'administration générale... »

des moyens *contentieux*, à se conformer strictement à *toutes* les prescriptions de la loi et encore bien moins à ne tendre qu'à des *buts nettement déterminés* par le principe même de l'institution administrative.

Bien que, d'autre part, les tribunaux judiciaires connussent déjà de l'exception d'illégalité consacrée plus tard législativement par l'article 471, n° 15 du Code pénal, l'idée de légalité ne s'était pas encore pleinement affirmée; il est inutile de dire qu'un pareil régime n'aurait pu tolérer que l'activité administrative fût soumise au contrôle juridictionnel de ses buts, dans les cas, du moins, où l'ordre des compétences n'était pas en jeu, et que, notamment, le Conseil d'Etat pût apprécier les *motifs* mêmes des décisions administratives. Au reste, un examen juridictionnel de la *moralité* proprement dite aurait pu, à l'époque, être considérée comme prématuré, alors que la puissance publique était encore en voie de consolidation.

Provisoirement, du moins, il put donc suffire de mettre un frein aux abus possibles par un contrôle juridictionnel à caractère *légal* basé sur certaines considérations de *moralité d'ordre superficiel* (1).

Ainsi, ce que nous devons retenir à cette place, c'est qu'avant 1864, alors que l'idée de la moralité administrative ne s'était pas encore affirmée comme telle, il existe, cependant, déjà une certaine préoccupation de la jurisprudence d'assurer un *minimum* de discipline s'imposant à l'activité administrative. En la forme, ce contrôle, encore peu important, reste un contrôle de la *légalité*, parce qu'il porte sur

(1) S'il existait, cependant, déjà à cette époque un recours spécial accordé contre les actes administratifs pour *violation de la loi et des droits acquis*, ce recours ne fut nullement conçu comme tendant essentiellement à sanctionner la légalité des décisions administratives. C'était, tout simplement, une voie ouverte, un moyen accordé aux particuliers pour faire cesser les empiètements illégaux des administrateurs sur les droits subjectifs des administrés. Ce n'est que lorsque, après 1864, ce recours fut incorporé au recours pour excès de pouvoir qu'il prit une importance réelle pour se transformer finalement en une voie de droit à l'effet de sanctionner le principe même de la légalité.

l'application des prescriptions légales règlementant la compétence des agents administratifs et la forme de leurs actes. La presque totalité des actes administratifs n'est, d'ailleurs, pas encore motivée; l'importance de l'élément *but* qui, dans la théorie de l'institution, joue un rôle prépondérant, n'a pas encore été aperçue.

II. — Si nous nous demandons, maintenant, quelle a été, dans le domaine qui nous intéresse, l'attitude de la jurisprudence judiciaire, qui, en 1810, avait déjà admis le principe de l'*exception d'illégalité*, nous sommes obligés de constater que les tribunaux de cet ordre se souciaient évidemment fort peu de la question de savoir si les buts poursuivis par les agents administratifs dans les actes dont ils avaient à connaître dans la limite de leur compétence étaient bien conformes aux règles de la bonne administration. Lorsque la Cour de cassation admet que les tribunaux appelés à statuer en matière pénale ne peuvent aider l'exécution des actes administratifs « que par les moyens qui « rentrent dans le cercle de leur autorité, qu'en matière de « police municipale, et en cas d'infractions aux règlements « faits par les administrateurs chargés de cette partie, les « tribunaux ne peuvent punir ces infractions qu'autant que « ces règlements se rattachent à l'exécution d'une loi exis- « tante et portant une peine contre les contrevenants ou « qu'ils rentrent dans les objets confiés à la vigilance et « à l'autorité des administrations municipales » (Cass. 3 août 1810 *Habitants de La Rochelle* S. 09/11.1.224), il n'entre, bien entendu, pas dans les intentions de la Cour suprême de reconnaître au juge pénal le droit d'apprécier, par la voie de l'exception, les *buts spéciaux* de l'activité administrative.

Notons, du reste, que le vote de la loi du 28 avril 1832 a marqué un arrêt dans le développement de la jurisprudence judiciaire en matière d'exception d'illégalité en ce sens que le juge, ne se croyant plus libre de donner au principe posé par lui toute son ampleur, d'après les

considérations *rationnelles* ayant dicté son attitude primitive, se borna dorénavant à se tenir strictement dans les limites de la règle posée par le nouvel article 471, n° 15 du Code pénal qui punit les contraventions aux règlements *légalement* faits par l'autorité administrative.

Nous pouvons, d'ailleurs, négliger tous ces points, parce qu'ils ne présentent guère un intérêt appréciable du point de vue de notre étude (1).

En résumé, l'exposé sommaire qui précède nous indique suffisamment qu'au cours de la période antérieure à 1864, le contrôle exercé par le juge sur l'activité de l'administration présente un caractère encore bien timide, le Conseil d'Etat, d'une part, se contentant, en matière de contrôle de l'excès de pouvoir, d'imposer un minimum de correction aux décisions administratives par l'admission des ouvertures pour *incompétence* et *vice de forme*, la Cour de cassation se bornant, d'autre part, à appliquer *strictement* le principe de l'*exception d'illégalité* consacré législativement en 1832.

III. — Mentionnons, en terminant, que, dans le domaine de la *responsabilité administrative*, les idées de *moralité* et de *faute* ne s'étaient pas encore imposées. A l'époque, la théorie de la responsabilité administrative présentait encore un caractère objectif bien rudimentaire. En règle générale, l'administration ne répondait pas, alors, du dom-

(1) Cf. à ce sujet la note de M. HAURIOU sous Conf. 16 juin 1923 *Septfonds*, S. 23.3.49. — L'exception d'illégalité s'applique aussi bien en matière civile qu'en matière pénale. En fait, c'est surtout devant le juge pénal qu'a été posée la question de la légalité des mesures administratives, à l'occasion de poursuites intentées contre les auteurs d'infractions à de pareilles mesures. D'autre part, en matière civile, l'exception d'illégalité n'est plus, aujourd'hui, reçue que contre les actes réglementaires, à l'exclusion des décisions *spéciales* et *particulières* ; or, c'est principalement dans ces dernières que joue le pouvoir discrétionnaire et que se propose, par conséquent, le contrôle de la moralité administrative. Dans nos développements ultérieurs, nous pouvons donc négliger la jurisprudence civile.



mage causé par la puissance publique<sup>(1)</sup>, l'opération de travaux publics étant à peu près la seule opération administrative qui, en raison de son caractère spécial, pût donner lieu à un recours en indemnité, recours fondé sur une idée vague d'équité et qu'en dernière analyse on peut considérer comme basé sur l'idée de risque <sup>(2)</sup>.

(1) Comp. Paul DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1927, p. 1.

(2) Cf. DUEZ, *op. cit.*, p. 38 et s.

## TITRE II

### LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE DE 1864 A 1905

---

#### Observations préliminaires

---

Développement du recours pour excès de pouvoir. — Plan.

Comme nous l'avons brièvement indiqué ci-dessus, l'examen contentieux portant sur l'observation, par l'autorité administrative, des lois de compétence et de forme présentait déjà, à certains égards, le caractère d'un contrôle tendant à assurer un *minimum* de discipline dans l'exercice des droits administratifs.

Cette idée de *discipline* devait se développer par la suite et marquer nettement l'évolution ultérieure du recours pour excès de pouvoir. En effet, si, comme le dit très bien M. Hauriou (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 414), « la notion « de l'excès de pouvoir procède de celle de l'autolimitation « du pouvoir », si « c'est le pouvoir discrétionnaire qui se « trace à lui-même des limites par un effort interne de « raison », le juge administratif ne dut pas tarder à s'apercevoir que le principe du contrôle de l'excès de pouvoir une fois admis, ses applications méritaient d'être élargies et qu'après avoir reconnu la nécessité d'un contrôle contentieux ne tendant, en dernière analyse, qu'à assurer un ordre superficiel dans l'engrenage des rouages administratifs, il importait, pour réaliser une justice plus parfaite, de faire porter l'examen juridictionnel sur les buts mêmes auxquels doit nécessairement tendre tout acte administratif pour rester dans l'esprit de l'institution.

Ce progrès a été *définitivement* réalisé après 1864, lorsque le décret du 2 novembre de cette année, en dispensant le recours pour excès de pouvoir du ministère d'avocat, eut grandement facilité les réclamations contentieuses dirigées contre les actes administratifs prétendus irréguliers.

La théorie du *détournement de pouvoir* va désormais pleinement s'affirmer et donner lieu à tout un ensemble de solutions remarquables que nous étudierons au chapitre I<sup>er</sup> du présent Titre, après avoir fait, tout d'abord, un exposé général de la théorie.

Nous savons déjà que de cette dernière il convient de rapprocher celle du contrôle exercé par le Conseil d'Etat à l'effet de maintenir l'administration dans les limites strictes déterminées par le but général de sa mission, en tant que ce but interdit à l'autorité administrative d'empiéter sans nécessité sur le domaine réservé à l'activité privée. Au chapitre II, nous verrons comment ce contrôle a été mis en œuvre par le haut tribunal administratif dans des cas où il a été appelé à se prononcer sur des affaires qui lui étaient soumises par la voie spéciale du recours intenté par les intéressés dans la forme du recours pour excès de pouvoir (1).

Un troisième chapitre nous amènera ensuite à examiner l'attitude observée par la jurisprudence judiciaire en face des questions soulevées par le détournement de pouvoir.

Nous avons, d'ailleurs, cru devoir réserver pour un chapitre spécial (chapitre IV), en raison des particularités qui s'y rattachent, l'étude des solutions jurisprudentielles intervenues en matière de permissions de voirie.

Enfin, un dernier chapitre nous amènera à effleurer, dans quelques remarques très brèves, la question de la pénétration de l'idée de moralité dans le domaine du contentieux de la *responsabilité administrative*.

(1) Sur ce recours v. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> ed., p. 384 note (1).

## CHAPITRE PREMIER

### Application par le Conseil d'Etat de la théorie du détournement de pouvoir

---

Nous insisterons tout d'abord, dans ce chapitre, sans anticiper sur des points de détail qui se vérifieront par la suite, sur le caractère général de la théorie du détournement de pouvoir ainsi que sur la limitation du contrôle du Conseil d'Etat par la théorie de l'*acte discrétionnaire*; cet exposé fera l'objet d'une première section. Nous passerons ensuite, dans une deuxième section, à l'étude particulière de quelques-unes des solutions essentielles de la jurisprudence administrative que nous énumérerons, autant que possible, dans l'ordre chronologique tout en les groupant par matières. Disons tout de suite que ce n'est pas dans la période dont nous nous occupons actuellement, mais seulement après 1905, que nous rencontrerons les arrêts les plus intéressants rendus par le Conseil d'Etat.

#### SECTION I

#### Le détournement de pouvoir

§ 1<sup>er</sup>. — *Le contrôle du détournement de pouvoir* (1)

I. Définitions. — II. Mise en œuvre du contrôle du détournement de pouvoir. — III. Le contrôle du détournement de pouvoir est-il un contrôle de la légalité ?

I. — Lorsqu'il s'était bien pénétré de l'idée que l'acte administratif ne pouvait trouver sa véritable raison d'être

(1) V. outre les auteurs cités au texte, A. EBREN, *Théorie du détournement de pouvoir*, thèse Lyon, 1901. V. AUBRY, *Etude sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir*, thèse Nancy, 1920. Rappr. de l'exposé qui suit les développements donnés p. 57 et s.

que dans le *but légitime* poursuivi par l'agent public, le Conseil d'Etat admit sans peine le recours pour *détournement de pouvoir*, c'est-à-dire le recours pour excès de pouvoir dirigé contre toute décision exécutoire pour le motif qu'elle tendrait à un *but autre que celui qui aurait dû être régulièrement poursuivi*. C'est, comme le remarque très bien M. Duguit (1), « par la *jurisprudence* si intéressante du « Conseil d'Etat sur le détournement de pouvoir », que la théorie du but dans l'acte juridique « prend un relief, « une précision et une étendue d'application qu'elle est « bien loin d'avoir dans la doctrine et la jurisprudence du « droit privé ».

Nous avons déjà indiqué plus haut que l'idée du détournement de pouvoir s'est définitivement affirmée vers 1864.

Certains auteurs, et non des moindres, affirment que cette théorie avait déjà trouvé des applications intéressantes bien avant cette date. M. Artur, notamment, dans son étude intitulée *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* (*Rev. dr. p.*, 1903, II, p. 463 et s.), soutient qu'elle avait été appliquée dès le début par le Conseil d'Etat. A l'appui de son affirmation, il cite de nombreux arrêts intervenus bien avant 1860.

Nous ne croyons pas que ce point de vue puisse vraiment se justifier.

Si l'on peut admettre avec Laferrière (*op. cit.*, t. II, p. 549) qu'à l'époque même où il se renfermait dans la plus stricte application de la loi des 7-14 octobre 1790, le juge administratif « a plus d'une fois annulé pour incompétence « — et en réalité pour détournement de pouvoir — des actes « dont le dispositif semblait irréprochable », il convient cependant de remarquer que les arrêts généralement cités dans cet ordre d'idées peuvent à peu près tous se ramener à des cas d'application du contrôle contentieux de la violation des dispositions formelles de la loi, parce qu'ils réprimaient, avant tout, de véritables usurpations de pouvoir

(1) *op. cit.*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., p. 292; 3<sup>e</sup> éd., p. 379.

de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire. Il reste, en tous cas, que l'idée même du détournement de pouvoir ne s'est *réellement* affirmée qu'après 1860.

Le juge administratif se reconnaît donc le droit de contrôler et de censurer spécialement les buts déterminant l'activité administrative. Il ne suffira plus, pour la régularité de l'acte, que celui-ci ait été accompli selon les prescriptions formelles de la loi, que l'agent administratif, en prenant une décision, se soit tenu dans les limites strictes de sa compétence légale, qu'il se soit exactement conformé aux formalités administratives; il faut, de plus, que son acte ait eu pour but le *bien du service*.

Celui qui commet un détournement de pouvoir, dit Laferrière (*op. cit.*, t. II, p. 548), « prend, sous une fausse  
« apparence de légalité, des décisions qu'il ne lui appartient  
« pas de prendre et qui sont ainsi entachées d'une sorte  
« d'incompétence, sinon par les prescriptions qu'elles édic-  
« tent, du moins par le but qu'elles poursuivent » (1).

La formule de M. Hauriou (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 419), reproduisant à peu de choses près celle que nous verrons plus tard adoptée par la jurisprudence, est la suivante :  
« Le détournement de pouvoir est le fait d'une autorité  
« administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa  
« compétence, tout en observant les formes prescrites, tout  
« en ne commettant aucune violation formelle de la loi,  
« use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue

(1) Aucoc qui, comme le fait remarquer LAFERRIÈRE (*op. cit.*, t. II, p. 548), a été l'un des premiers à accrédi- ter l'expression de détournement de pouvoir, déclare que « le détournement de pouvoir est le fait  
« d'un agent administratif qui, tout en faisant un acte de sa compé-  
« tence et en suivant les formes prescrites par la législation, use de  
« son *pouvoir discrétionnaire* pour des cas et pour des motifs autres  
« que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué ». Cette défini-  
« tion est assez défectueuse, notamment, en ce qu'elle comprend égale-  
« ment sous la désignation « détournement de pouvoir » les décisions  
« prises par l'administration pour des *cas* autres que ceux en vue desquels  
« le pouvoir discrétionnaire a été reconnu à l'autorité administrative, alors  
« que, comme le fait très bien remarquer M. MICHOUX (*Ann. Gren.* 1914, p.  
« 29, n. (2)), l'expression « pour des cas autres » se rapporte plutôt à la  
« violation de la loi.

« desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres  
 « que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du ser-  
 « vice. » Nous préférierions remplacer dans cette formule  
 le mot « motifs » par celui de « buts », parce que ce ne sont  
 pas tant les motifs, lesquels intéressent plutôt le contenu  
 même de l'acte, que les buts déterminant l'intervention des  
 agents publics, qui constituent le critérium propre du  
 détournement de pouvoir.

Remarquons, du reste, qu'en cas de *pluralité de buts*  
 poursuivis par l'administrateur, c'est en principe toujours  
 le but déterminant *principal* dont il est spécialement tenu  
 compte par le juge de l'excès de pouvoir pour l'apprécia-  
 tion de la régularité de l'acte attaqué (1). Par ailleurs, dans  
 certains cas, le Conseil d'Etat a refusé d'annuler, parce  
 qu'il n'était pas établi que l'administration ait eu pour *but*  
*unique* de satisfaire à des intérêts contraires aux règles de  
 la bonne administration (2).

La tendance du juge est, du reste, caractérisée par une  
 très grande prudence dans l'application de ce contrôle.

1. — Dans les cas de détournement de pouvoir, la ques-  
 tion qui se pose au juge est donc de savoir quels sont les  
 buts *précis* qui auraient dû être poursuivis par l'agent admi-  
 nistratif dont l'acte est attaqué.

a) Il convient de remarquer, à cet égard, que les *buts*  
*spéciaux* correspondant à chaque fonction exercée par l'agent  
 public peuvent encore assez facilement être déterminés par  
 l'*idée* même se trouvant à la base de chaque droit attribué  
 par la loi à la puissance publique. Mais les difficultés com-  
 mencent lorsqu'il s'agit de trouver les moyens *pratiques*  
 qui peuvent conduire, d'une façon certaine, à la décou-  
 verte du but réellement poursuivi par l'auteur d'un acte  
 administratif. Il ne faut pas se dissimuler qu'à l'époque où  
 l'idée de l'inviolabilité absolue des prérogatives de la puis-

(1) Cf. Cons. d'Et. 30 janvier 1914 *Colomb.*

(2) Cf. Cons. d'Et. 6 mai 1921 *Compagnie des omnibus et tramways*  
*de Lyon.*

sance publique était encore très forte, le Conseil d'Etat dut éprouver maintes hésitations à trancher dans le vif pour entrer franchement dans la voie de la répression du détournement de pouvoir dans tous les cas qui pouvaient se présenter à son examen. Les règles déterminant le sens et les modalités de son contrôle n'ont donc pu se dégager que lentement.

L'application concrète des règles imposant à l'autorité administrative le respect de certains buts administratifs déterminés par l'idée même de l'institution peut donner lieu à des complications sérieuses. C'est que, sous ce rapport, nous ne nous trouvons plus sur le terrain ferme du fond du droit autorisant des déductions précises et permanentes, mais dans un domaine essentiellement mouvant dans lequel les applications diverses des principes une fois posés ne peuvent généralement avoir que la valeur, toute relative, de *directives* (1).

Il ne faudra donc pas s'étonner outre mesure si, dans ces conditions, les décisions jurisprudentielles ne semblent pas toujours se lier dans une cohésion absolument parfaite. Les résultats n'en sont pas moins très instructifs, car ils nous font entrevoir les possibilités variées contenues dans le principe fécond du détournement de pouvoir.

b) Les arrêts du Conseil d'Etat que nous étudierons par la suite nous apparaîtront non seulement comme une consécration de la règle générale et élémentaire qui s'oppose à ce que les agents publics prennent des décisions exécutoires dans des fins sortant du domaine propre des buts administratifs, mais encore comme des applications d'un précepte important de notre droit administratif qui joue un rôle primordial dans notre matière et qu'on a appelé la règle de la *spécialité des fonctions*.

Cette règle de discipline, destinée à assurer efficacement le développement *ordonné* de l'action administrative, prescrit aux agents publics de se tenir, dans l'exercice de leurs

(1) Cf. M. HAURIOU, *Police juridique et Fond du droit* (Revue trim. de Droit civil, 1926, p. 265 et s.).



attributions, strictement dans les limites de la fonction particulière exercée par eux, par exemple : de ne pas faire usage d'un pouvoir de police dans un but étranger à celle-ci, même si, en général, la poursuite d'un tel but ne se trouve pas absolument en dehors des attributions légales de l'agent. Car il faut bien se pénétrer de l'idée qu'en droit public chaque fonction a son but propre qui, *sous aucun prétexte*, ne saurait être méconnu. M. Hauriou dit très bien, dans une note au Recueil Sirey (S. II.3.33), que « l'exercice de « chaque pouvoir administratif est étroitement renfermé « dans la poursuite de son but propre et ne saurait être « employé à d'autres buts même administratifs ». C'est ainsi, notamment, que l'exercice du pouvoir de police ne peut jamais servir à sauvegarder les intérêts pécuniaires de la collectivité. C'est là une règle qui est souvent violée et qui a donné au Conseil d'Etat l'occasion de fournir des solutions particulièrement intéressantes.

Or, nous rappelons qu'il n'est pas toujours facile de dire exactement si le but précis assigné à la fonction n'a pas été dépassé par l'agent public, si la règle de la *spécialité* a été respectée. Les diverses facultés rentrant dans les limites d'une fonction administrative sont souvent mal définies, et c'est pourquoi la tâche du Conseil d'Etat qui, comme nous le savons, s'interdit de rechercher les intentions secrètes de l'auteur d'un acte, fut très délicate. Aussi croyons-nous devoir remarquer encore une fois qu'il ne fallait pas s'attendre, de la part de la juridiction administrative, à des précisions absolument nettes des différents cas considérés comme impliquant l'affirmation de buts autres que ceux régulièrement assignés aux diverses manifestations de la puissance publique.

D'ailleurs, en ce qui concerne les buts eux-mêmes corrélatifs aux diverses fonctions exercées par l'autorité administrative, le Conseil d'Etat se contente, le plus souvent, de procéder par voie de détermination *négative*, de définir *ce qui n'est pas* dans les buts de la fonction exercée par l'agent, afin, sans doute, de ne pas s'engager dans des précisions

concrètes trop nettes, qui seraient de nature à entraver le développement des initiatives de l'administration.

Au reste, nous savons déjà que la recherche du détournement de pouvoir s'effectue sur des bases bien plus *objectives* qu'on pourrait le croire au premier abord. Le juge annule généralement non pas tant parce qu'il lui apparaît que l'agent administratif a été réellement guidé par un motif déterminant illégitime que *parce qu'il résulte des circonstances de la cause que l'acte attaqué n'a pu tendre qu'à des fins autres que les buts administratifs réguliers*. Dans un grand nombre de cas, le Conseil d'Etat ne relève spécialement le but illicite réellement poursuivi par l'agent que lorsque l'acte présente, par lui-même, toutes les apparences de la régularité et que, dans ces conditions, il lui paraît nécessaire d'insister, pour la censure de l'attitude de l'administration, sur le caractère concret du vice entachant l'acte (1).

c) Nous avons déjà indiqué plus haut (2) que le but d'un acte se découvre généralement dans les *motifs immédiats* se trouvant à sa base. La découverte du détournement de pouvoir résultera donc le plus souvent d'un examen attentif des motifs sur lesquels l'agent administratif aura fondé sa décision. Sous ce rapport, la question du contrôle du détournement de pouvoir est donc essentiellement une question d'appréciation contentieuse des *motifs* de l'acte administratif. Ainsi, pour exercer un contrôle vraiment efficace le Conseil d'Etat dut nécessairement être amené à se livrer à un examen des motifs contenus dans l'acte.

Mais il convient de remarquer qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le juge se garde encore de pénétrer trop avant dans l'examen des motifs de la décision attaquée, alors surtout que ces motifs n'avaient pas, en général, à être exprimés

(1) Cf. ci-dessus, p. 59, n. (1) la citation Michoud. Il convient, cependant d'éviter des analyses trop rigoureuses et des généralisations trop hâtives, parce qu'en cette matière, le Conseil d'Etat suit bien plus ses inspirations du moment qu'une ligne de conduite bien déterminée.

(2) V. page 65.

dans l'acte lui-même. Il s'ensuivit qu'un grand nombre d'actes, intervenus cependant dans des conditions de fait et de droit susceptibles de faire apparaître l'irrégularité des buts poursuivis, furent maintenus parce que, considérés en eux-mêmes et compte tenu de leur dispositif, ils ne révélèrent aucun vice devant entraîner leur annulation sur recours des intéressés. D'autre part, la question du contrôle du fait par le Conseil d'Etat, question de savoir si, pour être pleinement valable et inattaquable, l'acte administratif devait être reconnu fondé en fait, ne s'était pas encore posée.

Finalement, le juge administratif ne consentit à soumettre les motifs de l'acte à un examen *spécial*, dans les cas les plus flagrants, que lorsqu'il y eut requête *formelle* en détournement de pouvoir (1).

III. — Le détournement de pouvoir constitue-t-il une *illégalité* proprement dite? Est-il permis de dire que, dans les solutions que nous allons étudier, le Conseil d'Etat se soit borné à appliquer la *loi* (2)?

a) Nous avons déjà attiré l'attention sur le fait que le détournement de pouvoir est l'expression la plus caractéristique de ce que nous appelons le contrôle contentieux de la *moralité administrative*. Le détournement de pouvoir, dit M. Alibert (*op. cit.*, p. 237), « consiste, somme toute, « beaucoup moins dans une illégalité ouvertement com-  
« mise, que dans l'incorrection du but et des intentions  
« chez l'auteur de l'acte ». « Ce contrôle du *but* et des *in-*  
« *tentions* va beaucoup plus loin que le pur contrôle de la  
« *légalité* » (Jean Devaux, note D. 28.3.34). « L'ouverture  
« du détournement de pouvoir, dit d'autre part M. Hau-  
« riu, ne se confond pas avec celle de la *violation de la loi*.  
« La loi ne peut jamais lier entièrement le pouvoir discrét-

(1) Cons. d'Et. 2 juin 1905 de *Crozals*: « Considérant que l'apprécia-  
« tion des motifs, alors qu'ils ne constituent pas un détournement de  
« pouvoir, n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat sta-  
« tuant au contentieux ».

(2) Cette question a déjà été touchée dans la partie générale (p. 69 et s.).

« tionnaire, celui-ci ne peut être entièrement lié que par la « *moralité administrative* » (*op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 455 et s.).

Nous savons déjà que la grande majorité des auteurs refusent de voir dans le contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir autre chose qu'un contrôle contentieux de la légalité proprement dite. M. Artur, notamment, voit dans les cas de détournement de pouvoir des cas d'atteinte directe à la loi (1). M. Michoud repousse absolument l'idée de la moralité administrative (2); il insiste sur le fait que le détournement de pouvoir est une véritable violation de la loi, tout en s'élevant contre les exagérations de M. Artur et en se montrant disposé à distinguer ce vice de l'acte de la violation *ordinaire* de la loi (3). Laferrière, sans assimiler le détournement de pouvoir à la violation de la loi de fond, déclare, cependant, qu'il s'agit ici d'une illégalité proprement dite. Beaucoup d'auteurs modernes, tels que M. Bonnard (4), se rallient également à la doctrine qui voit dans le vice du but de l'acte une atteinte à la loi elle-même.

Sans doute, il n'est pas précisément faux d'affirmer que le législateur, en accordant des pouvoirs discrétionnaires à l'administration, a, par là même, sous-entendu que celle-ci ne devrait en user que pour atteindre des fins déterminées. En ce sens, on pourrait donc admettre que le contrôle contentieux du détournement de pouvoir présente bien le caractère d'un contrôle de la *légalité*; mais est-ce bien là le sens propre de ce contrôle? N'est-il pas plus exact, en même temps que plus juridique, de dire qu'étant donné que l'administration est par elle-même d'essence institutionnelle et que sa raison d'être se découvre dans le fait même de la poursuite de certains buts administratifs, l'obligation dans laquelle elle se trouve de tendre, dans l'exercice de ses prérogatives, à ces fins déterminées, est un *principe juridique indépendant de la loi*, laquelle peut être considérée

(1) *loc. cit.*, p. 455 et s.

(2) *Ann. Gren.*, 1914, p. 28 et s.

(3) *loc. cit.*, p. 20 et 41 note (1).

(4) *loc. cit.*, p. 391.

comme respectée dès l'instant même où l'agent administratif s'est borné à en observer les stipulations précises ?

Qu'on ne dise pas non plus que s'il ne constitue pas une atteinte formelle au texte législatif, le détournement de pouvoir représente du moins une violation de l'*esprit* ou de l'*esprit général* de la loi (1). Cette thèse, qui a été soutenue à plusieurs reprises, ne signifie pas grand'chose; elle ne diffère pas sensiblement de la doctrine qui voit dans le détournement de pouvoir une illégalité au sens propre de ce mot. Il est bien entendu qu'on n'applique jamais une loi à la lettre. L'atteinte portée à l'esprit général de la loi se ramène donc purement et simplement à une violation du texte légal lui-même, interprété en vue de son application pratique (2).

Il est bien plus conforme à la réalité de reconnaître franchement que le détournement de pouvoir n'est rien d'autre qu'une atteinte portée au principe de la *moralité administrative*. Il constitue simplement un dépassement des *limites internes* du pouvoir discrétionnaire commis par l'adminis-

(1) Cf. not. EBREN, *op. cit.*

(2) Ce point a déjà été relevé par LAUN. Cet auteur dit notamment (*op. cit.*, p. 155): « Was gegen den Wortlaut des Gesetzes verstoesst, ver-  
« letzt auch dessen Sinn, und wenn der Geist des Gesetzes ubertreten  
« wird, so wird es dadurch auch der richtig verstandene Wortlaut ». —  
M. HAURIU dit d'autre part (*op. cit.*, 10<sup>e</sup> édit., p. 456): « Sans doute, on  
« objecte que si le détournement de pouvoir ne contient pas violation  
« d'un *texte* déterminé de loi, il contient au moins violation de l'*esprit*  
« *général* de la loi qui est que les administrateurs doivent agir pour le  
« bien du service; mais c'est abuser de la notion de la violation de la  
« loi; elle ne doit pas être étendue au-delà de la violation d'un *texte* dé-  
« terminé, pas plus ici que dans le recours en cassation ».

Dans la dernière édition de son *Précis* (p. 420), M. HAURIU déclare également: « On... objecte que... le détournement de pouvoir n'est pas autre  
« chose que la violation de l'*esprit de la loi*, cas particulier de la viola-  
« tion de la loi. Mais il n'est pas vrai que l'esprit des lois administratives  
« se confonde avec la *moralité administrative*... L'esprit de la loi, c'est  
« la limite à imposer aux droits dans l'intérêt de la justice; l'esprit de la  
« moralité, c'est la directive à imposer aux devoirs dans l'intérêt du bien..  
« Il est évident que la moralité dépasse la légalité et, par conséquent, le  
« détournement de pouvoir dépasse en profondeur d'action la violation  
« de la loi ».

tration au mépris des règles de discipline déterminées par le principe général de la *spécialité administrative* et celui de la *spécialité des fonctions*. Le contrôle du détournement de pouvoir vise exclusivement la sanction de l'*abus* fait par l'administration de sa liberté naturelle qui se traduit dans le *pouvoir discrétionnaire*.

Ainsi, le contrôle des buts de l'activité administrative, consacré par la théorie du détournement de pouvoir, dépasse de beaucoup le contrôle de la *légalité* proprement dite, qui n'est qu'un moyen de sanctionner l'application stricte de dispositions formelles de la loi, laissant en dehors de ses visées précises toute appréciation portant essentiellement sur les fins mêmes poursuivies par les agents publics dans l'exercice de leur compétence légale. Nous avons déjà insisté sur l'intérêt de la distinction; nous nous bornons donc à renvoyer aux développements que nous y avons consacrés (1).

(1) V. page 73 et s. Le caractère propre du détournement de pouvoir a été mis en lumière par M. HAURIOU dans sa note sous l'arrêt *Maugras* du 16 novembre 1900 (S. 01.3. 57):

« L'institution du détournement de pouvoir, dit l'auteur, a une très haute portée qui mérite d'autant mieux d'être signalée que cette ouverture à recours est de celles qui paraissent le plus susceptibles de développer... Seul aujourd'hui le détournement de pouvoir nous apparaît comme ayant ce principe intérieur légèrement indéterminé qui annonce une puissance de développement... L'institution du détournement de pouvoir nous paraît signifier très clairement que le droit administratif français considère le fonctionnement de l'administration comme dominé par l'idée d'une fonction administrative à remplir, dont les buts généraux doivent servir de mesure et de norme aux pouvoirs des agents. Cette institution est une application instinctive, par la jurisprudence de notre Conseil d'Etat, de la fameuse théorie des buts, dégagée vers 1875 par le juriste allemand von IHERING dans son ouvrage *Der Zweck im Recht* ... L'institution jurisprudentielle du détournement de pouvoir qu'IHERING ne paraît pas avoir connue, est bien antérieure à l'énoncé de la théorie de celui-ci, puisqu'elle remonte au décret du 2 novembre 1864... Elle a aussi quelque chose de bien plus vrai et plus juste que la théorie du juriste allemand, car tandis qu'IHERING fonde sur le but pratique les *droits*,... l'institution du détournement de pouvoir entend seulement fonder sur les buts pratiques les *pouvoirs*...

« Il est donc parfaitement inexact d'établir sur la doctrine des buts une théorie des droits, mais il est au contraire exact d'asseoir sur

b) Pour achever de caractériser la différence existant entre l'*illégalité* et le *détournement de pouvoir*, nous voudrions encore insister sur une de ses conséquences pratiques qui a été relevée récemment par M. Hauriou, mais à laquelle il faudrait se garder, à notre avis, d'attribuer une trop grande importance. Elle se rattache plus spécialement au fait que la violation de la loi, comme telle, a un caractère *objectif*, alors que le détournement de pouvoir est une

« elle une théorie des pouvoirs; il est très vrai que les pouvoirs des  
 « hommes, aussi bien ceux des collectivités que ceux des individus sont  
 « justifiés par le but à atteindre, et que dans la considération de ce but,  
 « on peut trouver le principe d'une limitation raisonnable de ces pou-  
 « voirs... Il sera donc entendu que le but ou les buts de la fonction  
 « administrative serviront de limites aux pouvoirs de l'administration, et  
 « qu'il y aura des cas où on pourra dire que les pouvoirs de l'adminis-  
 « tration ont été détournés de leur but, ce qui constituera un détourne-  
 « ment de pouvoir. Peut-être pourra-t-on dire que le détournement de  
 « pouvoir ainsi entendu est une variété de l'incompétence, mais alors  
 « il faudra spécifier ce qui particularise cette variété. L'incompétence  
 « est relative à l'objet qui rentre plus ou moins dans le domaine  
 « de la fonction administrative, le détournement du pouvoir sera  
 « relatif à l'esprit dans lequel aura été traité cet objet d'adminis-  
 « tration. Il faudra dire alors qu'un administrateur sort de sa compé-  
 « tence, quelque objet qu'il traite, s'il n'observe pas certains buts  
 « généraux de la fonction administrative. Ces buts généraux sont diffi-  
 « ciles à déterminer d'une façon positive. Sans doute, la fonction admi-  
 « nistrative a pour but le maintien de l'ordre public, la bonne gestion  
 « des services publics, l'utilité publique, etc..., mais cela est vague.  
 « Aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans la matière du détour-  
 « nement de pouvoir, s'est-elle appliquée surtout à des déterminations  
 « négatives, c'est-à-dire à des précisions sur ce qui n'est pas dans les  
 « buts de l'administration publique, et qui constitue par là-même détour-  
 « nement de pouvoir... ».

Peut-être pourrait-on reprocher à cet exposé de n'avoir pas suffisamment fait ressortir que les difficultés qui se présentent en pareille matière ne se rencontrent pas tant dans la précision des buts eux-mêmes que dans la détermination des cas *concrets* ou, si l'on veut, des *buts concrets* dissimulant un détournement de pouvoir. Car l'essentiel n'est pas d'affirmer qu'un acte de police ne saurait poursuivre qu'un but de police, mais bien de savoir si cet acte tel qu'il a été posé par l'agent légalement compétent n'impliquait pas la poursuite d'un but contraire aux buts réguliers de police. L'intérêt du problème du détournement de pouvoir se concentre bien plus autour de questions de preuves basées sur des directives qu'autour de questions de principes proprement dits; nous le verrons bien lorsque nous étudierons en détail les cas d'espèce.

notion *subjective*, en ce sens qu'il se rapporte à la recherche des buts qui ont exercé une influence déterminante sur la volonté de l'agent administratif exerçant sa compétence légale (1).

Compte tenu de cet état de choses et en se basant sur un arrêt récent du Conseil d'Etat, l'arrêt *Sourisse* du 7 mai 1926 (S. 26.3.41, avec la note de M. Hauriou) (2), on peut estimer que lorsqu'une décision administrative est entachée d'irrégularité, elle devra généralement être annulée, soit dans la totalité, soit dans l'une ou l'autre seulement de ses dispositions, selon que l'acte est entaché de *détournement de pouvoir* ou de *violation de la loi*. En effet, l'acte est *divisible* si on l'envisage sous le rapport de la légalité objective, il est *indivisible* si on le considère sous l'angle du motif déterminant, parce que ce motif est, en somme, affaire de mobiles et que, de ce fait, il doit exercer une répercussion sur l'ensemble des éléments qui traduisent la volonté de l'agent.

Mais nous tenons à remarquer que cela n'est pas *nécessairement* vrai dans tous les cas. Les buts poursuivis par l'auteur d'un acte peuvent être multiples et de nature très diverses. Dans certains de ces éléments, détachables de la totalité des dispositions contenues dans l'acte, celui-ci aura pu être déterminé uniquement par la poursuite d'une fin irrégulière, alors que, dans d'autres, il tend réellement, par lui-même, à la satisfaction d'intérêts légitimes. L'argument de l'*indivisibilité*, dont nous ne voulons, certes, pas nier l'intérêt pratique, ne saurait donc avoir qu'une valeur toute relative.

(1) Cela n'infirme d'ailleurs en rien ce que nous avons dit du caractère *objectif* du contrôle de la moralité administrative. Sous le rapport de la preuve, la théorie du détournement de pouvoir reste objective (V. p. 58 et s.), puisque, comme nous le savons, le Conseil d'Etat se refuse à scruter la conscience de l'auteur de l'acte attaqué.

(2) « Considérant, dit le Conseil, ... que le sieur Sourisse, qui ne justifie pas que l'arrêté attaqué soit entaché de *détournement de pouvoir*, n'est pas fondé à demander qu'il soit déclaré illégal dans l'ensemble de ses dispositions ».



§ 2. — *La limitation du contrôle du détournement de pouvoir par la théorie de l'acte discrétionnaire*

Avant d'aborder l'étude détaillée des solutions jurisprudentielles réprimant le détournement de pouvoir, nous voudrions remarquer qu'à la fin du siècle dernier le Conseil d'Etat n'a pu encore se décider à abandonner une distinction, déjà faite précédemment, qui, à l'origine, limita surtout, dans une mesure appréciable, l'importance pratique du principe du *détournement de pouvoir*. Nous visons ici la reconnaissance par la juridiction administrative, approuvée, du reste, par la doctrine, de la catégorie des actes dits *discrétionnaires* devant, comme tels, échapper au recours pour excès de pouvoir.

Pour justifier cette théorie, aujourd'hui abandonnée, le Conseil d'Etat partit du fait qu'un certain nombre d'actes administratifs contiennent un élément *discrétionnaire* tellement prononcé qu'il put paraître dangereux pour les prérogatives de la puissance publique de les soumettre à un contrôle susceptible d'affaiblir l'action de l'autorité.

Avant 1860, on considérait généralement que, sous ce rapport, la majeure partie des actes de la *puissance publique* devait échapper au contrôle du juge. L'évolution ultérieure des recours contentieux dirigés contre les décisions administratives n'a pas réussi à faire disparaître cette théorie qui s'est maintenue jusqu'au commencement du xx<sup>e</sup> siècle (1).

Si l'on a fini par admettre que cette catégorie d'actes,

(1) Pour ce qui regarde la période antérieure à 1860, on peut citer notamment les arrêts suivants: Cons. d'Et. 22 janvier 1808 *Hours* (réglementation de barrage): « Considérant, dit le Conseil, que les arrêtés du « préfet renferment *des mesures de haute administration* contre les- « quelles le requérant n'a pu réclamer que devant le ministre de l'Inté- « rieur » ; Cons. d'Et. 30 août 1845 *Cie d'assurances La Minerve* D. 46.3.35; 12 mai 1846 *Hospices de Tonnerre* D. 46.3.168; 12 mai 1846 *Peigné* D. 47.3.19: « Considérant, est-il dit dans cet arrêt, que la décision « par laquelle notre ministre de l'Intérieur a maintenu la nomination « du sieur Louis-Denis Thomas aux fonctions de maire de la com- « mune... constitue un *acte de pure administration* qui n'est pas de nature « à nous être déféré par la voie contentieuse... ».

dont les plus importants (1) furent les nominations et révocations de fonctionnaires, pouvait donner lieu au recours pour *incompétence* ou *vice de forme*, et si Laferrière lui-même, tout en maintenant la distinction, a admis, en principe, que ces actes n'étaient pas soustraits au contrôle pour détournement de pouvoir, la jurisprudence du Conseil d'Etat avait toujours observé une très grande prudence à l'égard de ces actes qualifiés également d'*actes de pure administration*.

Encore vers 1890, dans plusieurs de ses arrêts, le Conseil d'Etat refuse formellement d'examiner les motifs ayant déterminé la révocation d'agents administratifs, alors cependant que l'appréciation de ces motifs aurait peut-être pu révéler un détournement de pouvoir caractérisé (2).

(1) LAFERRIÈRE (*op. cit.*, t. II, p. 423) cite comme rentrant dans la catégorie des actes discrétionnaires: « les règlements administratifs faits dans « un intérêt général; les mesures de police, spécialement celles qui intéressent la salubrité et la sécurité publiques; les actes de telle administration; les nominations et révocations de fonctionnaires, lorsqu'il n'existe pas de lois qui fixent leur état et leurs droits à l'avancement; les mesures disciplinaires; les suspensions ou dissolutions de corps administratifs électifs; le refus ou le retrait d'autorisations ou de concessions révocables, et un grand nombre d'autres actes, dans lesquels domine également la libre appréciation de l'administrateur ».

(2) Cf. Cons. d'Et. 14 décembre 1883 *Lequeux* (S. 85.3.65). Cet arrêt, conçu en termes catégoriques, caractérise bien le point de vue du Conseil d'Etat. « Considérant, y est-il dit, que le comité central de vigilance contre le phylloxéra, dans le département de la Marne, a été organisé par l'arrêté préfectoral du 25 novembre 1879; que, par le même arrêté, le préfet de la Marne a désigné le sieur Lequeux comme membre de ce comité; qu'aucune disposition de cet arrêté ne détermine ni la durée pour laquelle sont nommés les membres des comités d'études et de vigilance contre le phylloxéra, ni les cas dans lesquels ils peuvent cesser d'en faire partie; qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement applicable à cette matière, il appartient au préfet de relever de ses fonctions un membre dudit comité, en observant les mêmes formes que pour sa nomination, et que le sieur Lequeux n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'Etat les motifs de cette mesure de pure administration... ». — Dans un arrêt du 13 février 1885 *Laffitte*, le Conseil d'Etat déclare que l'arrêté de suspension et le décret de révocation d'un maire « ont été rendus par le préfet... et par le Président de la République dans l'exercice des pouvoirs qui leur ont été conférés par les lois du 14 avril 1871, art. 9 § 2 et du 5 mai 1855, art. 2 » et « que ces mesures constituent des *actes d'ad-*

Dans une affaire de révocation d'un gardien de la paix, le Conseil d'Etat, par arrêt du 25 novembre 1892 *Schwalbach* (S. 94.3.90), pose nettement la question de la recevabilité des recours contre les actes de cette nature. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt, que le préfet de police a révoqué le sieur Schwalbach de ses fonctions de gardien de la paix pour refus de reprendre son service, et après avis du comité de santé qui a reconnu que le sieur Schwalbach était en état de le continuer; que le requérant n'invoque contre la décision attaquée *ni vice de forme*, *ni incompétence*; que, d'autre part, l'appréciation des motifs sur lesquels cette décision est fondée n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat par la voie contentieuse; que, dès lors, la requête n'est pas recevable... ». Mais, convient-il de répliquer, s'il n'appartient pas au juge d'apprécier les *motifs d'opportunité* ayant déterminé l'action de l'autorité administrative, il lui incombe, cependant, de tenir compte des buts en vue desquels l'agent administratif a exercé sa compétence légale; la formule de l'arrêt ne prévoit pas encore la possibilité d'une pareille investigation.

Ainsi, il ressort des termes mêmes employés par le juge de l'excès de pouvoir que, dans son dernier état, la théorie de l'*acte discrétionnaire* faisait surtout obstacle à l'application régulière du contrôle de la *moralité administrative*; le juge n'imposait à l'administration, dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, que la seule obligation d'observer strictement les lois de *compétence* et de *forme* (1).

« *ministration* dont le requérant ne saurait contester les motifs devant la juridiction contentieuse... ».

V. encore Cons. d'Et. 3 février 1888 *Buisson*; 27 janv. 1893 *Laruelle* (S. 94.3.118); 6 août 1898 *Blond* (S.01.3.25); cf. également Cons. d'Et, 22 juillet 1898 *de Beaumont* (S. 01.3.11).

(1) V. not. Cons. d'Et. 10 juillet 1874 *de Grandmaison* (« Considérant que le décret attaqué — décret modifiant un plan d'alignement — constitue un *acte de pure administration* pris par l'autorité administrative en vertu des pouvoirs qui lui ont été attribués par l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807; que, dès lors, il n'est susceptible de recours par la voie contentieuse que pour *violation ou inobservation des formalités prescrites par la loi...* »).

On a justement remarqué que la confusion faite par la jurisprudence tenait surtout à ce qu'elle n'a pas su distinguer, dans les cas que nous visons ici, entre *acte* et *pouvoir* discrétionnaire, distinction à laquelle un examen approfondi de l'ensemble des éléments de l'acte administratif aurait dû l'amener et qui lui aurait fait apercevoir facilement l'erreur fondamentale de la thèse à laquelle elle s'était arrêtée. Car si en principe — comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir — l'autorité administrative doit jouir d'une liberté assez étendue lui permettant de remplir les devoirs de sa fonction de la façon la mieux adaptée aux problèmes de la vie administrative, et si, en ce sens, la très grande majorité des actes administratifs comporte un certain élément discrétionnaire, alors même que ces actes interviennent en vertu d'une injonction du législateur, cet élément discrétionnaire n'a cependant pas, *quelque importante que soit la place qu'il occupe dans l'ensemble des éléments de l'acte administratif*, la vertu de faire obstacle à la recevabilité des recours qui peuvent généralement être dirigés contre les décisions administratives. Il appartient, précisément, à l'autorité juridictionnelle, chargée, en vertu même de sa mission propre, de marquer par un examen au fond la limite précise séparant l'élément discrétionnaire des autres éléments de l'acte, de contrôler, en toute circonstance, la *moralité* des décisions administratives, celles-ci ne pouvant, sous aucun prétexte, échapper à la stricte application des règles découlant du principe de la bonne administration. « En réalité, dit M. Hauriou, tous les actes de l'administration renferment du pouvoir discrétionnaire; par conséquent, c'est une question à examiner au fond que de savoir si l'administration a excédé son pouvoir en tant qu'il est discrétionnaire, mais ce ne peut pas être une fin de non-recevoir contre certains actes » (1).

(1) M. HAURIOU, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 431. V. aussi la note de cet auteur sous l'arrêt *Grazielli* S. 03.3.113 avec la citation de LAFERRIÈRE et les références d'arrêts. Cf. encore ALIBERT, *op. cit.*, p. 83 et s. « Sans doute, dit cet auteur, le rejet de tels recours s'impose très souvent, parce

## SECTION II

## Solutions du Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir

§ 1<sup>er</sup>. — *Détournement de pouvoir révélé par le but d'intérêt privé, patrimonial ou fiscal*

## I. Exercice du pouvoir de police dans un intérêt privé.

Une des premières règles qui ait été sanctionnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat est celle qui prohibe les décisions administratives prises en vue de favoriser des intérêts privés. Le juge eut à appliquer ici une des règles les plus élémentaires de la spécialité administrative; car il est bien entendu que l'administration ne peut jamais agir qu'en vue d'un intérêt public.

a) Dans cet ordre d'idées, nous relevons tout d'abord les arrêts *Lesbats* des 25 février 1864 et 7 juin 1865, décisions bien connues qui consacrent le principe d'après lequel la police du domaine public ne doit jamais servir à créer des monopoles ou privilèges en faveur des particuliers.

Dans ces espèces, le détournement de pouvoir résultait directement des dispositions mêmes des décisions attaquées, lesquelles suivirent de près le traité passé par une Compagnie de chemins de fer avec un entrepreneur. Pour découvrir le vice entachant le but poursuivi par les actes administratifs, objet du recours, le Conseil d'Etat put donc se

« qu'il est difficile de saisir un excès de pouvoir dans les actes qui en font l'objet. Mais ceci implique le rejet au fond, et non pour un motif de recevabilité. Les actes dont il s'agit sont des actes administratifs comme les autres. Leur validité étant rarement conditionnée par des dispositions formelles, il est souvent impossible de découvrir en ce qui les concerne un motif d'annulation; il s'ensuit que la plupart des recours auxquels ils donnent lieu devront être déclarés non fondés; mais rien n'autorise le Conseil d'Etat à les écarter par une fin de non-recevoir tirée de la nature des actes déferés ».

dispenser d'entrer dans un examen, même superficiel, des faits proprement dits, examen auquel, du reste, il n'aurait pas encore cru pouvoir procéder sans dépasser sa compétence (1).

(1) Les circonstances de l'arrêt du 25 février 1864 (S. 64.2.307) étaient les suivantes :

Afin d'améliorer le service des correspondances existant entre la gare et la ville de Fontainebleau, la Compagnie des chemins de fer d'Orléans passa un traité avec le sieur Richard par lequel celui-ci s'engagea à fournir des voitures pour le service de tous les trains, mais à la condition expresse que ses voitures seraient seules admises dans la cour de la gare. Ce traité ayant été approuvé par le ministre des Travaux publics, le préfet prit, à la date du 24 décembre 1861, un arrêté autorisant le sieur Richard à faire entrer, stationner et circuler ses voitures dans la cour de la gare. Or, le sieur Lesbats, entrepreneur de voitures, ayant demandé la même autorisation se la vit refuser. Il déféra l'arrêté préfectoral portant refus d'autorisation et la décision ministérielle confirmative au Conseil d'Etat qui, en annulant les décisions attaquées, lui donna gain de cause.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement L'HÔPITAL précise très bien les pouvoirs appartenant à l'administration dans la matière de la police de la circulation dans les cours des gares :

« Quelle est, dit-il, la raison d'être, au moins principale, du pouvoir de police sur l'entrée, le stationnement, la circulation dans ces cours intérieures ? C'est, comme le disait déjà l'article 2 de la section 3 de la loi du 22 décembre 1789, le maintien de la sûreté et de la tranquillité publiques; ce sont les besoins de la surveillance, la nécessité des mesures à prendre pour assurer l'ordre, pour éviter l'encombrement. Il faut que les cours ne soient pas rendues impropres à leur objet: le préfet désignera donc les places à prendre, mesurera l'espace et le lieu de stationnement pour chaque espèce de voitures ». Voilà le principe. Mais cette définition épuise-t-elle toutes les possibilités que comporte l'exercice du droit de police en cette matière ? La théorie n'est pas encore bien ferme, car nous voyons le commissaire du gouvernement enclin à faire encore quelques concessions, à admettre quelques atténuations qui sont bien de nature à nous démontrer que nous ne nous trouvons pas sur le terrain de principes légaux solidement établis, mais en plein domaine de *directives* aux contours encore mouvants. Il poursuit en effet: « Admettons qu'il puisse aller plus loin dans un intérêt public sérieux, que nous ne voudrions pas être accusé de méconnaître; il accordera à telles ou telles voitures, à tel ou tel entrepreneur des facilités plus grandes et des avantages de position, en raison des sacrifices consentis par l'intérêt privé à l'intérêt général. Allons plus loin encore: concédons, si l'on veut, que le préfet qui a le droit de régler l'entrée des voitures dans les gares, pourra dire aux voituriers: « Vous n'entrerez pas sans mon autorisation, et je subordonne mon autorisation à telle ou telle condition, sans laquelle vous

b) Le doute sur les véritables intentions de l'administration n'est cependant pas suffisant pour motiver l'annulation d'une décision administrative.

« ne l'obtiendrez pas ». Nous faisons là, sans doute, une concession « aussi large que possible; mais nous ne pouvons pas aller jusqu'à ce « point qu'*a priori* l'administration décrètera, par mesure spéciale, que « les voitures de messieurs tels et tels seront les seules qui entreront « dans la gare, ou bien que les voitures omnibus appartenant à des « gens qui ne sont point maîtres d'hôtel seront les seules qui n'y entre- « ront pas.... ». Et le commissaire du gouvernement de conclure, après avoir posé la question de savoir si c'était là la police du chemin de fer: « C'est poursuivre, peut-être... un but très louable assurément, mais très- « étranger à l'idée de police. C'est surtout, dans l'espèce, assurer l'exé- « cution d'un traité passé avec la Compagnie de chemin de fer et le « sieur Richard, traité dont la base est l'exclusion des voitures autres « que celles de ce dernier. C'est entraver la libre concurrence et subor- « donner le commerce général aux combinaisons commerciales du « sieur Richard, confondues avec l'intérêt public ».

Le Conseil d'Etat, se rangeant à l'avis de son commissaire de gouver- nement, annule les décisions attaquées, « considérant que l'arrêté du « préfet... qui a refusé au sieur Lesbats l'autorisation de faire entrer « et stationner des omnibus dans la cour de la gare du chemin de fer, « à Fontainebleau, n'avait pour objet que d'assurer l'exécution du « traité par lequel la Compagnie du chemin de fer garantissait au sieur « Richard, entrepreneur de voitures publiques, le droit d'être admis, « à l'exclusion de tout autre entrepreneur de transports, dans la cour « de ladite gare.... », et considérant, en outre, « que, si l'article 1<sup>er</sup> « de l'ordonnance royale du 15 novembre 1846 donne aux préfets le « droit de régler l'entrée, le stationnement et la circulation des voitures « publiques ou particulières dans les cours dépendant des stations de « chemins de fer, cette attribution ne doit s'exercer que dans un *intérêt « de police et de service public* ».

A la suite de cet arrêt, le préfet ne s'étant exécuté que de mauvaise grâce en limitant considérablement la portée de l'autorisation qu'il délivra au sieur Lesbats, le Conseil d'Etat fut appelé à statuer sur un nouveau recours intenté par l'intéressé. Il annula une seconde fois pour excès de pouvoir. « Considérant, est-il dit, dans l'arrêt du 7 juin « 1865 (S. 65.3.218), que les dispositions des arrêtés attaqués, par les- « quels le préfet... n'a autorisé le sieur Lesbats à faire entrer, circuler « et stationner des omnibus et autres voitures de louage dans les cours « attenants à la gare de Fontainebleau que sous la condition de desser- « vir tous les trains, et lui a interdit de recevoir dans ses omnibus des « voyageurs autres que ceux à destination de son hôtel, ne sont fondés « ni sur les besoins de la surveillance de ladite gare, ni sur la nécessité « de mesures à prendre pour y maintenir l'ordre et prévenir le danger « des encombrements, mais qu'elles ont pour objet d'intervenir dans « les conditions de la concurrence entre les diverses entreprises qui

Un exemple intéressant de la prudence avec laquelle le Conseil d'Etat procède lors de l'appréciation de la régularité de décisions administratives attaquées pour détournement de pouvoir nous est fourni par l'affaire *Ponthas*, jugée le 7 décembre 1888 (S. 90.3.69).

Les circonstances de la cause étaient les suivantes : le préfet de police avait interdit à un entrepreneur de transports en commun d'organiser un service entre deux gares sans arrêt sur la voie publique. Cette interdiction avait été apparemment motivée par la nécessité du maintien de l'ordre, de la sauvegarde de la liberté de la circulation et de la sécurité publique, alors, cependant, qu'elle était en même temps de nature à profiter à une autre entreprise, en l'espèce, à la Compagnie Générale des Omnibus. Considérée en elle-même, l'interdiction ne révélait aucun vice tenant à une irrégularité quelconque du but poursuivi. Par ailleurs, la mesure prise était parfaitement légale. En effet, il n'est pas douteux que le préfet de police jouit de pouvoirs très étendus pour régler la circulation à Paris. D'autre part, comme le fait très bien remarquer le commissaire du gouvernement, M. Gauvain, dans ses conclusions, « de ce  
« que le refus opposé devait profiter à la Compagnie Générale, il ne résultait pas nécessairement qu'il eût pour but  
« de lui profiter, qu'en s'y déterminant, le préfet eût obéi à  
« des considérations autres que celles qui doivent le précéder,  
« qu'il eût fait, en un mot, autre chose que de la  
« police ».

« font le service des correspondances de la station à la ville et réciproquement; — que, dans ces circonstances, les dispositions desdits arrêtés n'ont pas été prises dans l'exercice des pouvoirs de police qui ont été conférés au préfet... par l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance royale du 15 novembre 1846, etc... ».

Nous remarquons que, dans ces arrêts, le juge administratif ne donne pas encore la vraie formule caractérisant le *détournement de pouvoir* et que nous retrouverons plus tard dans les arrêts du début de notre siècle. C'est que, dans nos espèces, le juge de l'excès de pouvoir s'attache encore bien plus à la critique de l'objet même des décisions administratives qu'à celle du *but déterminant* proprement dit.

Cette remarque s'applique, du reste, également à une grande partie des arrêts rendus avant 1890.



C'est ainsi que, contrairement à la thèse soutenue par le requérant, qui prétendait que la décision préfectorale avait été motivée par le désir de sauvegarder les intérêts d'une compagnie privée et qu'elle était ainsi entachée de détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat, n'ayant pu, dans les circonstances de la cause, reconnaître le bien-fondé de ces allégations, et comme la décision attaquée présentait, d'autre part, une utilité pratique réelle, rejeta le recours :

« Considérant, dit-il, qu'il appartient au préfet de police, « en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi des « 16-24 août 1790 et l'arrêté des consuls du 12 messidor « an VIII, de prendre toutes les mesures nécessaires dans « l'intérêt de la commodité de la circulation et de la sécu- « rité de la voie publique ; que, dès lors, en prenant la déci- « sion attaquée  *dans l'intérêt du bon ordre, de la circulation « et de la sécurité publique, le préfet de police a agi dans « l'exercice et dans les limites des pouvoirs qu'il tient des « lois précitées... ».*

c) De cet arrêt, dont les termes très brefs font ressortir le caractère essentiellement *disciplinaire* du contrôle de l'excès de pouvoir, en marquant en même temps le souci du juge administratif d'éviter l'affirmation expresse de toute directive trop précise qui, à l'origine, aurait été de nature à gêner les libres initiatives de l'administration, on peut rapprocher l'arrêt *Boucharдон* du 2 août 1870 (S. 72.2.288) qui annule des arrêtés de maires portant interdiction, pour toutes voitures publiques autres que celles d'une société déterminée, de stationner sur le territoire des localités desservies par cette société. Le vice qui entachait ces décisions résidait dans le fait qu'elles avaient « pour *but unique* d'as- « surer l'exécution de deux traités portant concession à la « compagnie... du droit exclusif de faire stationner sur la « voie publique,... pour prendre ou déposer des voyageurs, « des voitures à destination ou en provenance des localités « desservies par cette compagnie ». Il en résulte que si les mesures attaquées, tout en sauvegardant, par la même occasion, l'intérêt d'une société privée, avaient encore et sur-

tout poursuivi d'autre fins se rattachant directement à des considérations de police, si, en un mot, elles avaient eu également pour *but déterminant* le bon ordre sur la voie publique, le Conseil d'Etat aurait certainement eu des raisons valables de rejeter le recours, comme il l'a fait dans l'arrêt *Ponthas* mentionné ci-dessus.

Une affaire analogue se présenta en 1889, lorsque le Conseil d'Etat fut appelé à statuer sur un recours dirigé contre un arrêté du maire de Nevers qui avait interdit à tout cocher de voiture de remise de circuler sur la voie publique dans le but de recruter des voyageurs et de satisfaire aux réquisitions en dehors des lieux de remisage autorisés par la municipalité (Cons. d'Et. 9 août 1889 *Roblin S.* 92.3.3.).

Bien qu'en l'espèce la mesure administrative attaquée pour excès de pouvoir tendît exclusivement à protéger un adjudicataire de la commune qui avait obtenu l'autorisation de faire stationner ses voitures sur la voie publique, le ministre de l'Intérieur, dans ses observations formulées sur le recours, avait soutenu que le maire n'avait fait qu'user régulièrement de ses pouvoirs de police. Le maire, en prenant la décision attaquée, semblait, en effet, être resté dans la limite de ses pouvoirs, étant donné que la mesure prise ne présentait, par elle-même, aucun caractère *illégal*. Mais le Conseil d'Etat, relevant le détournement de pouvoir, répliqua que l'arrêté du maire, en tant qu'il interdisait aux voitures de remise de satisfaire aux réquisitions des voyageurs, avait été pris « non pas en vue de pourvoir à la « *sûreté* et à la *commodité* de la circulation, mais dans le « but de protéger un adjudicataire, auquel la ville avait « concédé le droit de faire stationner des voitures sur la « voie publique, contre la concurrence qui lui était faite « par les loueurs de voitures de remise ». Et il déclara, énonçant une des formules courantes qui caractérisent le détournement de pouvoir, que le maire avait ainsi « usé « de ses pouvoirs de police dans un *but autre que celui* « pour lequel ils lui ont été conférés et que, par suite, « c'était à tort que le ministre de l'Intérieur avait repoussé « la demande d'annulation des requérants ».

Les solutions que nous venons de mentionner et auxquelles on pourrait en ajouter encore beaucoup d'autres intervenues dans des matières semblables (1), constituent des applications particulièrement intéressantes du principe général qui interdit aux administrateurs de faire usage de leurs droits de police pour sortir de leurs attributions propres et intervenir en faveur d'intérêts particuliers, si respectables qu'ils puissent paraître.

II. Exercice du pouvoir de police en vue de la sauvegarde des intérêts pécuniaires de l'administration (et de la protection du commerce local).

Une deuxième règle, non moins importante, qui, à l'époque, avait déjà retenu l'attention du juge, est celle qui, conformément au principe général de la *spécialité des fonctions*, interdit à tout agent administratif d'user de son pouvoir de police à l'effet de sauvegarder les intérêts patrimoniaux et pécuniaires de l'administration. Ici encore, les cas qui se présentèrent à l'examen du Conseil furent relativement simples et n'obligèrent nullement le juge à se livrer à des recherches approfondies portant plus spécialement sur les circonstances de fait de l'intervention administrative. En général, un simple rapprochement de documents publics ou la simple lecture d'une décision administrative permit, dans ces cas, de découvrir immédiatement le détournement de pouvoir viciant les actes attaqués par les intéressés.

a) Un exemple souvent cité et devenu classique nous est fourni par les deux arrêts *Laumonnier-Carriol* et *Pariset* du 26 novembre 1875 (S. 77.2.311), par lesquels le Conseil d'Etat annula des arrêtés préfectoraux ordonnant, en vertu d'instructions ministérielles, la fermeture de fabriques d'allumettes par mesure d'hygiène, à la suite de l'établissement du monopole légal.

(1) V. Cons. d'Et. 29 novembre 1895 *Delubac*; 30 novembre 1905 *Bouisson*; 22 mars 1901 *Pagès* S. 03.3.73 (police des cours d'eau exercée dans un intérêt privé).

Dans ces affaires, le détournement de pouvoir commis par l'administration était flagrant, parce que les décisions ordonnant la fermeture n'avaient pas été prises en vue de la sauvegarde de la sécurité ou de la salubrité publiques, mais *uniquement* dans un but pécuniaire afin d'éviter à l'Etat le paiement d'indemnités dues, en vertu de la loi, aux industriels expropriés.

Il est particulièrement intéressant de noter que le juge administratif n'hésita pas à annuler, alors cependant que les requérants, ne bénéficiant plus, pour leurs usines, de l'autorisation qui leur avait été primitivement accordée, ne devaient le maintien de leurs entreprises qu'à une pure *tolérance* de l'autorité administrative. Mais si, d'une manière générale, le préfet avait bien le droit d'user de son pouvoir discrétionnaire pour ordonner la fermeture des usines, qui n'avaient plus aucune existence légale, par mesure d'hygiène, il ne pouvait le faire pour éviter à l'Etat le paiement d'une dette légalement établie, même en prétextant, en vue de donner aux ordres de fermeture une certaine apparence de régularité, des considérations tirées de la nécessité de la sauvegarde de la santé publique (1).

(1) « Considérant, dit le Conseil d'Etat, qu'il est établi par l'instruction que le préfet, en ordonnant la fermeture de la fabrique d'allumettes du sieur Laumonnier-Carriol, en vertu des pouvoirs de police qu'il tenait des lois et règlements sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres, n'a pas eu pour but les intérêts que ces lois et règlements ont en vue de garantir; qu'il a agi en exécution d'instructions émanant du ministère des finances à la suite de la loi du 2 août 1872 et dans l'intérêt d'un service financier de l'Etat; qu'il a ainsi usé des pouvoirs de police qui lui appartenaient sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférés et que le sieur Laumonnier-Carriol est fondé à demander l'annulation des arrêts attaqués par application des lois des 7-14 oct. 1890 et 24 mai 1872, etc... » (Du même jour, arrêt *Pariset*).

Les auteurs indiquent à juste titre que cet arrêt constitue une des applications les plus intéressantes de la théorie du détournement de pouvoir. Il est à remarquer que, méconnaissant la véritable signification du principe de la *spécialité des fonctions* en droit français, LAUN ne put s'empêcher d'adresser, à propos de cet arrêt, une critique sévère au Conseil d'Etat. Se plaçant sur le terrain de la légalité stricte, l'au-

Et voilà bien encore une preuve évidente que le *détournement de pouvoir* n'est pas du tout une théorie de la *légalité*, au sens étroit de ce mot, mais qu'il concerne avant tout la discipline intérieure de l'administration qui trouve son expression concrète dans les règles de la *déontologie administrative*.

b) Vers la fin du siècle dernier, nous rencontrons un arrêt intéressant, annulant un arrêté d'un maire qui avait interdit l'introduction et la vente, dans sa commune, de viandes d'animaux abattus ailleurs qu'à l'abattoir communal ou dans tous autres abattoirs publics (Cons. d'Et. 22 mai 1896 *Carville* S. 97.3.121, avec la note de M. Hauriou).

Il s'agit là d'une consécration de la règle de moralité qui interdit aux maires de se servir de leurs pouvoirs de police *en vue de protéger le commerce local ou d'augmenter les recettes de la commune*.

Dans cette affaire, le détournement de pouvoir résultait suffisamment des termes mêmes de la décision attaquée. Notons, d'ailleurs, que le juge administratif fut d'autant plus à l'aise pour annuler l'arrêté en question que l'interdiction portée par le maire put être considérée comme allant directement à l'encontre de la loi des 2-17 mars 1791 consacrant la liberté du commerce. En l'espèce, le détournement de pouvoir résultant du fait de la poursuite d'une fin étrangère à la police municipale aboutissait donc, en un certain sens, à une *violation de la loi et des droits acquis*, reconnue depuis quelque temps déjà comme cas d'ouverture au recours pour excès de pouvoir.

Pendant — et abstraction faite, d'ailleurs, du cas particulier de notre arrêt — nous croyons que la violation de la loi ne peut pas toujours, dans les cas de ce genre, se déduire directement de la nature même de l'arrêté attaqué;

teur autrichien n'a pu comprendre comment le juge administratif français a été amené à censurer une décision prescrivant la fermeture d'établissements qui n'avaient cependant, à n'en pas douter, *aucune existence légale* (cf. R. v. LAUN, *op. cit.*, p. 162 et s.).

comme la liberté du commerce consacrée par la loi n'a qu'un caractère indéterminé et étant donné que l'autorité municipale est toujours compétente pour la régler dans un intérêt de police, elle ne peut, sauf les cas d'abus caractérisés, être considérée comme atteinte que lorsque le détournement de pouvoir est lui-même démontré.

Pour bien marquer la méthode dont use le Conseil d'Etat pour la détermination de ce vice, il est intéressant de constater que, dans notre affaire, le juge, examinant les choses d'un point de vue absolument objectif, sans entrer dans un examen des intentions particulières de l'auteur de la décision attaquée, ne s'est pas préoccupé du tout de connaître le but réel auquel tendait l'arrêté, objet du recours. Le maire avait-il pris son arrêté en vue d'augmenter les ressources de la commune administrée par lui, l'avait-il conçu dans l'intention de favoriser l'essor du commerce local, toutes ces questions n'ont pas été résolues par l'arrêt. Le maire n'avait certainement pas agi en vue d'assurer la *fidélité du débit* et la *salubrité des denrées alimentaires*, constatation largement suffisante pour justifier l'annulation de l'acte prétendu irrégulier (1).

(1) Voici le texte de l'arrêt : « Considérant, dit le Conseil, que s'il appartenait au maire de Torigny-sur-Vire de prescrire les mesures destinées à assurer la *fidélité du débit* et la *salubrité des denrées alimentaires*, il n'a pu, sans excéder ses pouvoirs et sans violer le principe de la liberté du commerce, inscrit dans la loi des 2-17 mars 1791, interdire l'introduction et la vente en ville de viandes provenant d'animaux abattus ailleurs que dans l'abattoir communal ou dans tous autres abattoirs publics; qu'il suit de là que le sieur Carville et autres sont fondés à demander l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté attaqué... ».

Un arrêt intervenu dans des conditions à peu près semblables à celles de l'arrêt que nous venons de rapporter est la décision du 3 juin 1892 *Syndicat des bouchers de Bolbec* (S. 94.3.54). Ici, le Conseil d'Etat a vu dans le fait qu'un maire avait interdit aux bouchers de la ville de vendre des viandes autres que celles provenant d'animaux tués à l'abattoir, alors que, par le même arrêté, il avait autorisé les bouchers forains à vendre dans la ville des viandes provenant de bestiaux tués au dehors, une atteinte caractérisée à la liberté du commerce.

Remarquons, du reste, que ce n'est pas dans les arrêts de ce genre

c) Des préoccupations analogues à celles qui auraient pu inspirer la décision abusive annulée par l'arrêt que nous venons de citer ont été censurées dans l'arrêt *Trotin* du 21 décembre 1900 (S. 03.3.57, avec la note de M. Hauriou).

« Il résulte, dit le Conseil, tant de la délibération du conseil municipal... que des dispositions mêmes contenues dans les trois arrêtés attaqués, que le maire a, pour accroître les recettes communales, règlementé la vente du poisson de façon à obliger tous les pêcheurs à se servir de l'intermédiaire des facteurs de la halle, sans distinction entre le poisson consommé sur place et celui destiné à l'expédition; par ces arrêtés, le maire a porté atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, par suite les requérants sont fondés à en demander l'annulation pour excès de pouvoir ».

Il convient de noter que, dans cette espèce, les constatations du juge ont porté plus loin que dans l'arrêt *Carville*, les circonstances de l'affaire ayant permis au Conseil d'Etat de déterminer le détournement de pouvoir d'une façon positive. En effet, il relève d'une façon expresse que les mesures de police attaquées par le recours tendaient à accroître les recettes de la commune, ce qui constituait un détournement de pouvoir caractérisé, considéré, d'ailleurs, à nouveau, comme ayant porté une atteinte directe à la liberté du commerce protégée par la loi.

D'autre part, le juge constate que le maire, en prenant les mesures incriminées, n'avait pas distingué entre le poisson consommé sur place et celui destiné à l'expédition. Cette distinction était cependant déjà commandée par la limitation de la compétence territoriale du maire. Si celui-ci a un droit de regard sur les ventes et débits de denrées alimentaires lorsque ces dernières sont destinées à

qu'on pourra découvrir le véritable caractère de l'ouverture du détournement de pouvoir, parce qu'ils peuvent être considérés comme constituant bien plus des exemples illustrant l'ouverture de la violation de la loi et des droits acquis que l'ouverture du détournement de pouvoir proprement dit.

être consommées dans la commune, il n'a pas les mêmes pouvoirs en ce qui concerne les denrées de ravitaillement qui ne font que traverser la commune pour être consommées ailleurs. En négligeant ce point de vue, le maire empiète, en somme, sur les attributions du maire de la commune destinataire des marchandises sujettes à inspection.

Remarquons, d'ailleurs, que la distinction indiquée dans l'arrêt ne fait que confirmer un résultat déjà acquis dans les arrêts *Tostain* et *Pillard* des 9 février 1895 et 4 mai 1900 (S. 97.3.89, 02.3.84), dans lesquels il avait été admis que les denrées destinées à la consommation locale pouvaient être soumises à la *criée*, alors que celles destinées à l'expédition ne pouvaient, sous aucun prétexte, tomber sous le coup d'une pareille réglementation (1).

(1) V. des arrêts semblables cités dans les notes de M. HAURIOU sous les arrêts *Carville* et *Trotin*, not. Cons. d'Et. 5 fév. 1892 *Syndicat des agriculteurs du Loiret* S. 93.3.157.

Les arrêts *Tostain*, *Pillard* et *Trotin* posent le problème des pouvoirs des autorités municipales en matières de création de *criées publiques*. Le Conseil d'Etat a reconnu la régularité de ces créations parce qu'elles peuvent être considérées comme facilitant le contrôle de la salubrité des denrées consommées sur place et comme favorisant la circulation de marchandises soumises à des risques de détérioration rapide (v. à ce sujet la note de M. HAURIOU sous l'arrêt *Trotin* précité).

Ce principe étant admis, les maires doivent se tenir dans les limites strictes de leurs attributions, en respectant la règle qui leur interdit de faire usage de leurs pouvoirs dans le *but unique* d'accroître les ressources des communes. Il est évident que la légalité de l'institution des criées municipales, qui, par elle-même, est susceptible de répondre à un besoin réel, ne doit pas leur servir de prétexte à des agissements absolument contraires aux principes de la moralité administrative. L'établissement d'une criée doit toujours pouvoir être justifiée par des considérations de police. On pourra consulter sur tous ces points: R. SAINT-DIZIER, *Les criées municipales en province*, Sirey, 1926.

Notons que dans l'arrêt *Trotin* cité au texte le juge administratif dénonce formellement l'atteinte à la liberté du commerce, sans relever spécialement le détournement de pouvoir proprement dit; il annule, en effet, parce que, dans ses arrêtés, le maire avait « porté atteinte au « principe de la liberté du commerce et de l'industrie », alors que dans les arrêts *Tostain* et *Pillard*, intervenus dans des conditions identiques, il s'était borné à critiquer le détournement de pouvoir en constatant d'une manière expresse que le maire avait « usé de ses pouvoirs de police dans



§ 2. — *Détournement de pouvoir révélé par le ressentiment personnel ou l'esprit de parti*

Dans les arrêts que nous venons de passer en revue, le Conseil d'Etat visait plus spécialement à censurer des décisions exécutoires qui, bien qu'entachées d'excès de pouvoir caractérisé, tendaient à des buts par eux-mêmes encore avouables, parce que, en général, elles ne portaient atteinte qu'à la règle de la *spécialité des fonctions* ou qu'elles ne s'écartaient pas d'une façon trop flagrante des limites de la mission propre assignée à l'autorité administrative; mais il existe un autre aspect des tendances irrégulières de l'administration qui marque un *degré supérieur* de détournement de pouvoir.

En effet, le Conseil d'Etat fut très souvent amené à statuer sur la valeur de décisions administratives que les requérants prétendaient avoir été prises, non pas dans des buts administratifs ni même pour des fins situées simplement en dehors de ces buts, mais sous l'empire de la *passion politique* ou dans un esprit d'*animosité personnelle*. M. Michoud (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 33) remarque très justement que ces cas constituent le plus haut degré de détournement de pouvoir; il fait observer que « c'est aussi celui que le Conseil d'Etat a le plus rarement l'occasion de réprimer, non pas malheureusement

« un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 ». C'est là un glissement de la jurisprudence administrative du plan de la *moralité* au sens précis de ce mot vers celui de la *légalité* proprement dite, glissement que nous constatons également dans d'autres matières. Ceci caractérise également la tendance traditionnelle du Conseil d'Etat à considérer les affaires portées devant lui par le recours pour excès de pouvoir sous l'angle de la *violation de la loi* toutes les fois que les directives dont il fait état pour la censure du détournement de pouvoir se sont suffisamment précisées et que le vice entachant l'acte peut ainsi être découvert dans l'*objet* même de cet acte sans qu'il soit besoin de procéder, au préalable, à un examen *particulier* du but de la décision exécutoire soumise à son appréciation contentieuse (Cf. ci-après p. 297 et s. les décisions jurisprudentielles intervenues dans la matière des manifestations extérieures du culte).

« que les faits de ce genre soient rares, mais parce que leur  
 « preuve nécessiterait le plus souvent la recherche du  
 « mobile intime qui a dirigé l'agent, et que... il s'interdit  
 « cette recherche ».

a) C'est ainsi que nous rencontrons, dès avant 1900, un certain nombre d'arrêtés annulant des décisions prises par des agents administratifs qui avaient interdit, par ressentiments personnels, la sortie en corps de sociétés musicales sur la voie publique.

Parmi ces arrêtés qui, dans le groupe des décisions jurisprudentielles censurant des mesures administratives inspirées par le ressentiment personnel ou l'esprit de parti, sont les plus nombreux, nous relevons, tout d'abord, la décision, souvent citée, du 1<sup>er</sup> juillet 1898 *Société La Seynoise*.

Dans cet arrêt il est implicitement admis qu'une décision particulière interdisant, *sans motif spécial*, à une société déterminée de sortir sur la voie publique, n'a pu être inspirée que par des buts déterminants absolument étrangers aux règles de la bonne administration. Le Conseil d'Etat estime, en effet, que « s'il appartient au maire, « en vertu des pouvoirs de police qui lui sont conférés « par la loi, d'interdire, par *mesure générale*, aux sociétés « musicales de sortir en corps sur la voie publique, « il n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, prononcer, *en dehors « de tout motif spécial* mentionné à son arrêté, cette interdiction contre la seule société « La Seynoise » (S. 00.3. 86). Une mesure intervenue dans de telles conditions ne peut avoir été dictée que par des ressentiments personnels ou par la passion politique, motifs évidemment étrangers à la police de la circulation et à l'idée de la tranquillité publique.

L'arrêt que nous mentionnons est particulièrement instructif en ce sens qu'il établit une directive qui nous fournit des éléments précieux pour la précision des limites internes au-delà desquelles certaines facultés légales impliquées dans la notion de police municipale peuvent être

considérées comme renfermant, d'une façon certaine, un détournement de pouvoir caractérisé.

D'après cette directive, celui-ci se révélera généralement chaque fois qu'une décision administrative prise en matière de police s'appliquera *exclusivement* à certaines personnes ou à certains groupes, alors qu'en l'absence de tout *motif spécial apparent* justifiant la mesure particulière, une décision *générale*, visant toutes les personnes ou l'ensemble des groupements de la même catégorie, aurait seule pu se présenter avec quelque apparence de fondement (1). En effet, la police de la circulation et de la tranquillité publique a nécessairement un *caractère général* et ne peut frapper sans raisons précises des personnes ou groupes isolés.

Il est certain que si, dans cette affaire, le maire, tout en visant, *en fait*, une société déterminée, avait pris un arrêté faisant défense à *toutes* les sociétés musicales existant dans la commune de sortir en corps sur la voie publique sans autorisation spéciale, le Conseil d'Etat, à défaut de tout indice de fait révélant une irrégularité quelconque dans le but poursuivi par l'auteur de l'interdiction, n'aurait pu que reconnaître la correction apparente de l'usage fait par le maire du pouvoir de police qu'il tient de la loi.

Là encore, il ne saurait être question d'appréciation de *légalité* proprement dite, bien que la solution donnée dans notre arrêt puisse, à certains égards, être considérée comme une application, faite par le juge, du principe général de *l'égalité de tous devant la loi*. Il est à remarquer, en outre, que, dans notre affaire, le Conseil d'Etat n'a pas établi le but précis poursuivi par l'agent administratif, auteur de la décision attaquée; il lui a suffi de constater l'absence de tout motif spécial justifiant la mesure pour faire droit à la demande du requérant.

b) Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, le Conseil d'Etat procède, cependant, avec une grande circonspec-

(1) Cf. ci-dessous p. 306 et s., la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de manifestations religieuses.

tion dont il ne s'est, d'ailleurs, jamais départi. Quand l'acte qui lui est déféré paraît réellement justifié en lui-même, il ne recherche pas spécialement si le but irrégulier allégué par le requérant a vraiment été poursuivi par l'agent administratif. Il considère que, dans ces cas, il vaut mieux maintenir l'acte qui présente une utilité certaine que de risquer une annulation dépassant les exigences strictes de la bonne administration (1). Mais si l'on ne peut que louer cette prudente réserve, on ne saurait toujours approuver des formules qui, parfois, prennent une allure par trop tranchante et écartent d'une façon trop absolue l'éventualité d'un détournement de pouvoir.

C'est ainsi que les pouvoirs du maire ont été définis dans des termes d'une brièveté assez surprenante dans l'arrêt *Union musicale de Rugles* du 2 décembre 1887 (S. 89. 3.55).

Le président d'une société musicale avait déféré au Conseil d'Etat, comme entaché d'excès de pouvoir, un arrêté de maire ainsi conçu : « Il est interdit, dans un intérêt de police et d'ordre public, à toutes sociétés de musique de jouer, circuler et stationner sur les places et voies publiques de la commune ». Le requérant soutint, à l'appui de son recours, que cet arrêté avait, en réalité, été inspiré par le désir de dissoudre la société musicale présidée par lui, les tendances politiques de cette dernière n'étant pas conformes à celles manifestées par l'auteur de l'interdiction.

Or, le Conseil d'Etat, qui s'interdit la recherche des intentions réellement poursuivies par l'auteur de la décision incriminée, déclare simplement « qu'en prenant l'arrêté attaqué, le maire... s'est borné à faire usage des pouvoirs de police qui lui appartenaient », le requérant n'établissant pas qu'il « se soit servi de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés par la loi » ; le juge n'examine donc pas si les circonstances de fait

(1) V. Cons. d'Et. 5 avril 1889 *Société philharmonique de Marans*. Cf. Мисноу, *op. cit.*, *Ann. Gren.* 1914, p. 39 et 40, avec des références d'arrêts rendus après 1905.

étaient bien telles qu'elles pouvaient justifier la mesure prise par le maire.

Remarquons que si l'affaire s'était présentée après 1905, le Conseil ne se serait peut-être pas contenté d'une affirmation aussi catégorique, mais qu'il aurait vérifié non seulement si la mesure d'interdiction avait un caractère général ne contenant aucune disposition s'appliquant spécialement, sans motif particulier, à une société déterminée — conditions qui étaient bien remplies dans notre affaire — mais encore si les circonstances de fait paraissaient telles qu'elles pouvaient légitimer une interdiction *permanente* et *absolue* s'opposant à la sorte de sociétés musicales sur la voie publique (1).

Une solution qui marque également la grande réserve que s'impose le Conseil d'Etat dans toutes ces matières se trouve dans l'arrêt *Potiron* du 13 janvier 1893 (S. 94.3.114).

Dans cette décision, après avoir constaté que « le maire...  
« en interdisant... à toutes les sociétés de musique de jouer  
« sur la voie publique sans avoir obtenu son autorisation,  
« n'avait fait qu'user des pouvoirs de police qui lui sont  
« conférés pour assurer le maintien du bon ordre et de la

(1) A propos de tous les arrêts de ce genre on pourrait se poser la question de savoir si les maires ont bien le droit de procéder, en ces matières, par voie de *règlement permanent*, alors qu'il y aurait lieu de croire que les nécessités du maintien de l'ordre et de la tranquillité publique n'exigent, somme toute, que des *règlements temporaires* devant disparaître avec les causes qui les ont provoqués. M. HAURIUO attire l'attention sur ce point à la fin d'une note parue au Recueil Sirey (S. 99.3.89): « On peut se demander, dit-il, si les textes relatifs à la tranquillité ne devraient pas, en bien des cas, être entendus comme ceux relatifs à la police sanitaire. Les maires n'abusent-ils pas du règlement permanent lorsqu'ils interdisent la sortie sur la voie publique des orphéons et des fanfares ou bien la sortie des processions?... C'est qu'en ces matières, si le règlement non-permanent peut être motivé en fait par le souci de l'ordre public, le règlement permanent sera motivé le plus souvent par des préoccupations politiques ». La question a été tranchée par la négative dans la plupart des cas qui se sont présentés. Peut-être non sans raison, les règlements permanents devant souvent prévenir des dangers qui, s'ils n'apparaissent pas toujours d'une façon absolument évidente, présentent néanmoins un caractère permanent (cf. ci-dessus, p. 37 et s.; V. égal. M. HAURIUO, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 450).

« tranquillité publique », le Conseil d'Etat déclare que « la « décision de ce maire refusant à la société philharmoni- « que l'autorisation de jouer sur la voie publique qu'elle « sollicitait conformément à l'arrêté précité a été prise dans « l'exercice et la limite de ses attributions ».

Une décision analogue se retrouve dans l'affaire *Molin et autres* jugée le 21 avril 1899 (S. 01.3.115).

La formule un peu brève de tous ces arrêts, formule qui ne vise même pas directement l'éventualité d'un détournement de pouvoir, toujours possible, indique que l'autorité administrative reste encore à peu près libre d'apprécier souverainement les cas où elle peut donner ou refuser l'autorisation. Cependant, un détournement de pouvoir peut toujours être prouvé par le requérant; dans ce cas, le juge doit évidemment annuler la décision attaquée. Il reste, néanmoins, que lorsqu'un maire s'est réservé la faculté d'autorisation, il sera toujours très difficile de prouver le détournement de pouvoir impliqué dans une décision de refus, alors surtout que le Conseil d'Etat s'interdit encore d'entrer *résolument* dans la voie des appréciations de fait proprement dites.

### § 3. — *Extension du contrôle de la moralité par élimination progressive de l'acte discrétionnaire*

En 1900, l'idée du contrôle du détournement de pouvoir s'était déjà nettement affirmée. C'est à cette époque que nous voyons le Conseil d'Etat restreindre le champ d'application de la théorie discutable de l'*acte discrétionnaire* et soumettre à son contrôle certaines décisions qui, vers 1870, étaient encore considérées comme actes de pure administration, devant, à ce titre, échapper pour le moins à toute appréciation contentieuse portant plus spécialement sur leurs motifs.

a) Un exemple typique marquant les progrès réalisés par la jurisprudence se retrouve dans l'arrêt *Maugras* du 16 novembre 1900 (S. 01.3.57, avec la note de M. Hau-

riou) portant annulation d'un arrêté de suspension pris par un maire à l'égard d'un agent de police pour le motif que celui-ci avait provoqué la condamnation d'une personne à laquelle le maire avait certaines raisons de s'intéresser.

L'arrêt fait ainsi application à des cas de révocation et suspension d'agents administratifs de la règle de moralité élémentaire qui veut qu'une mesure administrative ne soit jamais inspirée par une animosité personnelle ni par un caprice absolument étranger aux considérations de bonne administration qui doivent seules guider l'agent dans l'exercice de ses fonctions. Il précise, en outre, la nouvelle tendance de la jurisprudence qui, en dépit de certaines résistances visant à enlever à l'autorité juridictionnelle la connaissance des motifs des *actes disciplinaires*, a porté le Conseil d'Etat à examiner les motifs de la mesure objet du recours, bien que celle-ci rentrât dans la catégorie des actes pour lesquels l'administration a toujours revendiqué la plus grande liberté (1).

(1) Dans sa note sous cet arrêt, M. HAURIU relève qu'on « a remarqué « avec raison que cette décision était la première qui intervint dans la « matière du *pouvoir disciplinaire* ». « Mais, dit-il, elle constitue beaucoup moins une innovation qu'un premier précédent. Jusqu'à présent, « le Conseil d'Etat n'avait trouvé aucune bonne occasion de saisir sur « le fait le détournement de pouvoir dans l'exercice du pouvoir disciplinaire », voilà tout ». Il remarque que le commissaire du gouvernement, M. ROMIEU, « dont l'opinion n'a pas été suivie par le Conseil « d'Etat, estimait que les arrêtés pris en matière disciplinaire peuvent « bien être annulés pour *incompétence* ou *vice de forme*..., mais qu'ils « ne sauraient l'être pour *détournement de pouvoir*, parce que les « motifs des mesures prises échappent à l'appréciation du juge contentieux ». M. HAURIU dit très justement que « si l'on admettait cette « théorie » (dont la fausseté n'avait cependant pas encore été absolument reconnue par le Conseil d'Etat) « il faudrait supprimer entièrement l'ouverture du *détournement de pouvoir*, car, dans toutes ces « hypothèses, il y est question des motifs de l'acte ».

Nous remarquerons qu'en réalité, dans ces cas, le Conseil d'Etat n'examine les motifs que pour découvrir le but ayant déterminé l'intervention administrative, pour apprécier la *moralité* d'un acte régulier au point de vue strictement *légal*. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler, dans notre partie générale, que, dans beaucoup de cas, le but de l'acte administratif ne se révèle pas directement et qu'il est né-

b) Mais l'arrêt *Grazietti* du 31 janvier 1902 (S. 03.3. 113, avec la note de M. Hauriou) démontre que le Conseil d'Etat ne s'était pas engagé dans la nouvelle voie sans éprouver encore de très sérieuses hésitations.

Cet arrêt, qui annule un décret portant dissolution d'un conseil municipal en raison d'irrégularités qui s'étaient produites au cours des opérations électorales, constitue un progrès en ce sens qu'il consacre la disparition du caractère d'*acte discrétionnaire* que, précédemment, on avait toujours attribué aux *décrets de dissolution de conseils municipaux*. Si l'on ne peut qu'approuver cette solution, qui contribua à mettre un terme aux abus administratifs caractérisés par des empiètements sur les attributions du juge, seul qualifié à intervenir en pareille matière, on ne peut se dissimuler que la décision du Conseil d'Etat est encore empreinte d'une forte timidité en ce que le haut tribunal administratif a cru devoir insérer dans son arrêt une réserve formelle quant aux pouvoirs pouvant appartenir au juge pour l'appréciation des motifs d'un acte administratif. En effet, tout en relevant le détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat, par une contradiction évidente, tint à préciser de la façon la plus absolue que « les motifs d'un décret de dissolution pris en vertu des pouvoirs conférés au chef de « l'Etat ne peuvent être discutés par la voie contentieuse ».

Si la prudence excessive qui s'est traduite dans la formule *trop générale* de l'arrêt peut paraître étrange en présence des progrès déjà réalisés par le contrôle de la moralité et démontrés notamment par l'arrêt *Maugras* précité, il faut toujours tenir compte du fait que, dans toutes ces hypothèses, le juge administratif, déroutant souvent les recher-

cessaire de procéder tout d'abord à un examen attentif des motifs pour pouvoir aboutir à une appréciation à peu près exacte de la fin que s'est proposée l'administration dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, en examinant les motifs d'un acte administratif pour en tirer des conclusions quant à la valeur du but ayant déterminé l'intervention de l'agent administratif, le Conseil d'Etat, juge souverain de la moralité administrative, n'empiète nullement sur le domaine réservé à l'appréciation discrétionnaire de l'administration active, *seule juge de l'opportunité de ses initiatives* (V. p. 65 la citation de M. BONNARD).



ches de l'interprète, suit bien plus ses impulsions propres qu'une ligne de conduite nettement tracée à l'avance et une méthode solidement établie (1).

(1) M. HAURIU remarque que cette décision « constitue un précédent important, en ce que, pour la première fois, un décret de dissolution d'un conseil municipal est annulé... », mais « pourquoi, se demande l'auteur, les motifs ne sauraient-ils être discutés par la voie contentieuse, alors que l'article 43 (de la loi du 5 avril 1884) exige, par disposition spéciale, que le décret de dissolution soit motivé? Si la loi a exigé l'énonciation des motifs, c'est, sans doute, pour qu'ils puissent être appréciés et discutés... La prétendue impossibilité d'apprécier les motifs des actes discrétionnaires n'a été qu'une étape à laquelle la jurisprudence s'est arrêtée il y a une vingtaine d'années. Elle a feint de croire pour un moment que l'excès de pouvoir n'était pas saisissable dans les motifs de l'acte, alors qu'il pouvait être saisi dans l'acte lui-même. Cette distinction artificielle a pu être utile, mais elle doit disparaître, comme tout ce qui ne correspond à rien de réel. Maintenant que le Conseil d'Etat s'est emparé des excès de pouvoir que l'acte révèle sans qu'on ait à apprécier ses motifs, il doit s'emparer de ceux que révèlent les motifs; LAFERRIÈRE l'y invitait il y a déjà quelque sept ou huit ans, et c'est pourquoi notre arrêt, qui reste attaché à une rédaction datant de vingt ans, nous paraît bien timide... ». « Le Conseil d'Etat, poursuit l'auteur, a été amené à ne tenir compte de l'incorrection du but poursuivi par l'administrateur que lorsque cette incorrection serait établie par les énonciations de l'acte lui-même. Mais si l'on ne retient que ce qui est énoncé, en revanche, on doit faire produire de l'effet à tout ce qui est énoncé. Le principe de la vertu du contenu de la déclaration de volonté doit logiquement produire des conséquences bilatérales: rien que ce qu'il y a dans l'acte, mais aussi tout ce qu'il y a ».

Le passage que nous venons de reproduire montre bien comment un contrôle contentieux de la conduite morale de l'administration, s'exerçant d'abord sur le dispositif de l'acte sans pénétrer trop avant dans l'examen des motifs, doit, par la force même des choses et en vertu d'une logique interne, aboutir à des investigations plus étendues portant, en premier lieu, sur les motifs énoncés de tout acte administratif parce qu'un semblable contrôle ne peut avoir vraiment de sens que lorsqu'il s'établit ouvertement sur tous les éléments dont se compose l'acte qui fait l'objet de l'appréciation contentieuse.

Rappelons ici que la question de savoir quelles étaient les intentions précises du législateur lorsqu'il a établi, pour certains actes, l'obligation de motiver, nous paraît devoir être résolue dans le sens que cette obligation ne tendait originairement qu'à donner plus de publicité aux raisons déterminant l'intervention administrative et à faciliter aussi le contrôle parlementaire. M. HAURIU semble, d'ailleurs, se rallier lui-même, dans un passage de sa note, à cette manière de voir.

§ 4. — *Détournement de procédure*

Si les solutions que nous venons de passer en revue se présentent encore comme des applications relativement simples de la théorie du détournement de pouvoir, étant donné qu'elles ne tendent qu'à réprimer des abus commis par l'administration dans des décisions courantes se rapportant, pour la plupart, à la police générale, nous rencontrons dans l'arrêt *Lalauque* du 14 février 1902 (S. 03.3.97, avec la note de M. Hauriou), une solution particulière qui non seulement s'apparente à celles consacrant la règle d'après laquelle la police ne doit pas s'exercer dans un but financier, mais qui traduit surtout l'idée de la *spécialité des fonctions* appliquée plus spécialement aux *moyens de procédure* mis en œuvre par l'administration.

Il s'agissait, en l'espèce, de l'établissement d'un chemin de fer d'intérêt local sur les accotements d'un chemin de grande communication qui devait, aux termes du cahier des charges, conserver, en tous cas, une largeur de 6 m. 50 pour la circulation des voitures. Pour éviter la procédure d'expropriation, le conseil général, appelé à délibérer dans cette affaire, approuva un plan général d'alignement du chemin « afin de faciliter l'établissement du chemin de « fer ». Sur recours pour excès de pouvoir formé par les intéressés, le Conseil d'Etat, « considérant que l'incorpora-  
« tion au chemin de parcelles appartenant aux consorts  
« Lalauque ne pouvait être effectuée par voie de plan d'ali-  
« gnement, et qu'à défaut de cession amiable de la part de  
« ces derniers, elle ne pouvait résulter que d'une expro-  
« priation, qu'ainsi le conseil général avait fait usage de  
« ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel  
« ils lui ont été conférés », annula la délibération attaquée.

Il ne peut, en effet, appartenir à l'administration compétente d'apprécier librement les moyens de procédure devant être employés pour atteindre un but déterminé. Cette règle extralégale et d'ordre disciplinaire en même

temps que protectrice des droits privés caractérise nettement le fonctionnement de l'administration. Alors qu'en droit privé, la *liberté* est la règle, et que les particuliers exerçant les facultés comprises dans leurs droits subjectifs ont en général le *choix des moyens* (1) si leur libre emploi ne porte pas atteinte à un principe fondamental d'ordre public, l'administration ne peut se mouvoir que dans certaines limites qui lui sont fixées tant par la loi que par les règles internes impliquées par le principe de l'institution. C'est ainsi que « l'emploi détourné d'une procédure administrative », pour user des termes consacrés par M. Hauriou (2), ne peut-être admis en droit public et doit dans tous les cas être considéré comme contraire aux règles de la bonne administration et, plus particulièrement, à celle de la *spécialité des fonctions*, garantie précieuse des administrés contre l'arbitraire des agents administratifs (3).

(1) « Sous le régime de la liberté moderne, non seulement ce qui n'est « pas défendu par loi est permis, mais même toute procédure juridique, « licite en soi, peut être librement employée pour réaliser ce qui n'est « pas défendu par la loi; il n'y a point à reprocher aux citoyens de « délit de détournement de procédure, pour l'usage de leurs libertés » (HAURIOU, S.23.3.17, note *in fine*).

(2) L'auteur dit également : « procédure administrative détournée de son but ».

(3) De l'affaire citée au texte, on peut rapprocher notamment toutes les espèces où le Conseil d'Etat dut statuer sur la régularité de décisions administratives ayant refusé la délivrance de permis de bâtir ou d'alignements réguliers pour éviter des expropriations rendues nécessaires par l'exécution de travaux publics (Cf. Cons.d'Et. 3 août 1900 *Ville de Paris* S.02.3.41, avec la note de M. HAURIOU). Cf. aussi Cons. d'Et. 5 mai 1893 *Sommelet* S.95.3.1, et la note de M. HAURIOU.

## CHAPITRE II

### **La censure juridictionnelle des empiètements de l'administration sur le domaine réservé à l'activité privée (caractère du contrôle contentieux de la compétence « *ratione materiæ* »)**

---

- I. Incompétence *ratione materiæ* et détournement de pouvoir. —  
II. Les arrêts *Descroix* et *Casanova*.

I. — Si, après 1864, les principes de la moralité administrative se retrouvent surtout dans les solutions jurisprudentielles que nous venons d'étudier ainsi que dans d'autres analogues, qui répriment le *détournement de pouvoir*, expression type de l'immoralité administrative, il est, semble-t-il, permis d'en rapprocher la règle qui tend à s'opposer aux *ruptures d'équilibre entre la vie administrative et la vie privée* et qui, par voie de conséquence, empêche l'administration de poursuivre, d'une manière générale, des buts qui, malgré leur caractère désintéressé (1), se trouvent absolument en dehors des fins normales de l'activité administrative.

Cette règle a déjà reçu des applications extrêmement intéressantes dans plusieurs arrêts du Conseil d'Etat rendus à la fin de la période qui fait actuellement l'objet de notre examen.

Nous verrons qu'encore ici le juge ne s'est pas borné à appliquer purement et simplement une règle *légale*. Sans

(1) Encore, ces buts sont-ils toujours bien désintéressés? Ne peut-on pas souvent trouver derrière les interventions des administrations locales dans le domaine économique certaines visées, plus ou moins dissimulées, du parti au pouvoir dans les assemblées locales, où la politique pure tient malheureusement une large place, à l'effet de s'assurer une forte clientèle électorale?

doute, peut-on dire que le précepte que nous venons d'énoncer dérive de l'existence même de notre régime de légalité qui place les intérêts de la vie privée sous la protection de la loi en interdisant, par là-même, à l'administration de s'immiscer sans nécessité absolue dans les rapports normaux du commerce juridique privé. En ce sens, on pourra donc considérer les mesures qui tendent à jeter le poids de l'autorité publique dans ce domaine réservé comme portant une atteinte directe à l'esprit même de notre législation.

Cependant, lorsqu'il s'agit de fixer dans chaque cas concret la portée de la règle, les solutions pratiques ne peuvent être trouvées que dans des considérations de bonne administration et de moralité administrative, étant donné que les textes eux-mêmes ne peuvent fournir aucune base solide en vue des démarcations *précises* qui s'imposent en pareille matière.

En prenant des décisions qui empiètent sur la vie privée, l'administration sort des limites de sa mission particulière; ces cas constituent donc une sorte d'incompétence *ratione materiae*.

« Il y a incompétence *ratione materiae*, dit M. Hauriou, « (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> édit., p. 417), lorsqu'une autorité administrative a pris une décision exécutoire dont l'effet de droit « tendrait à la faire sortir du cercle des attributions générales de l'administration, pour la faire empiéter sur le « domaine de la vie privée ». « Ici, poursuit l'auteur, *il n'y* « *a pas de loi précise*, mais une sorte de conduite de l'ad- « ministration qui s'appuie sur cette *considération morale* « que l'administration ne doit pas sans nécessité entre- « prendre sur la vie privée ». En somme, nous nous trouvons en présence d'un aspect particulier de la théorie du *détournement de pouvoir*, puisque, en se livrant aux entreprises en question, l'administration fait, en dernière analyse, usage de ses pouvoirs légaux dans un *but* autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. M. Hauriou (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> édit., p. 418) reconnaît expressément que cette forme d'incompétence s'apparente au *détournement de pouvoir*.

II. — Le Conseil d'Etat a été appelé à plusieurs reprises à définir d'une façon précise les attributions des administrateurs en ce qui concerne l'action *politico-économique* de l'administration. Faisant usage de ses pouvoirs prétoriens et dans le silence de la loi, il a imposé, notamment, aux corps administratifs décentralisés une discipline sévère quant à l'organisation des services publics régionaux et locaux. C'est ainsi que par l'action modératrice du juge administratif, les administrateurs locaux se virent empêchés de procéder à certaines tentatives de *socialisation* qui étaient alors contraires à l'esprit de notre droit public.

Un des premiers arrêts du Conseil d'Etat qui fait bien ressortir l'importance du problème est l'arrêt *Descroix* du 1<sup>er</sup> février 1901 (S. 01.3.41, avec la note de M. Hauriou).

Les circonstances de cette affaire étaient les suivantes : Le conseil municipal de la ville de Poitiers avait voté une subvention au profit d'une coopérative de boulangerie. Nous ne voyons pas qu'il y ait là aucune violation directe de la loi. On ne saurait même dire qu'il eût été porté atteinte, sinon au texte, du moins à l'esprit de la loi municipale, puisque dans son article 61, celle-ci se borne à énoncer, d'une manière générale, que « le conseil municipal règle... les affaires de la commune ». Sur recours intenté, en la forme du recours pour excès de pouvoir, contre la délibération du conseil municipal, le Conseil d'Etat la déclare nulle de droit.

« Considérant, dit-il, que si, *dans des circonstances exceptionnelles*, l'intervention du conseil municipal peut être « rendue *nécessaire* pour assurer *l'alimentation publique*, « il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette « nature n'existait à Poitiers; qu'ainsi, le conseil municipal « de cette ville est sorti de ses attributions légales, en « allouant... à la Société coopérative de boulangerie... une « subvention de 9.500 francs ; qu'il suit de là que cette « délibération doit être déclarée nulle de droit... ». La formule est bien nette : le juge administratif dénie aux communes le droit d'intervenir dans les relations économiques qui ressortissent normalement au domaine de la vie privée

si aucune circonstance *exceptionnelle* ne rend l'action administrative absolument indispensable. L'arrêt constitue une condamnation catégorique de tout *socialisme municipal*.

M. Romieu, commissaire du gouvernement, relève très bien le caractère de la tâche du juge, qui, dans les espèces de ce genre, ne tranche aucunement une question de légalité proprement dite, mais une question de fait dans la mesure où, par la prétention qu'elle implique, elle est de nature à intéresser le droit. « Pour les conseils municipaux, dit-il « dans ses conclusions, la loi du 5 avril 1884 porte seule-  
« ment qu'ils règlent les affaires de la commune; elle déter-  
« mine celles de leurs délibérations qui doivent être approu-  
« vées par l'autorité supérieure, mais elle s'abstient de  
« définir la sphère d'action du corps municipal et les ma-  
« tières sur lesquelles, par des délibérations exécutoires ou  
« non, il lui appartient de statuer, en un mot, ce qui doit  
« être entendu par les mots *affaires de la commune* ». « C'est donc au juge qu'il appartient de délimiter, beaucoup  
« plus par l'examen des espèces que par voie de théorie  
« générale, les pouvoirs des conseils municipaux. Il faut  
« tenir compte de la *législation générale*, des *intentions du*  
« *législateur* au moment du vote de la loi municipale ac-  
« tuelle, *du but que se proposent les corps municipaux* dans  
« leurs délibérations, des *nécessités* auxquelles ils sont légi-  
« timement amenés à pourvoir, ou des considérations théo-  
« riques, — *étrangères à leur mission* — par lesquelles ils  
« se laissent dominer ». On ne pouvait mieux dire pour  
faire ressortir que ce contrôle s'appuie bien plus sur des  
appréciations de fait en vue de l'élaboration de directives  
pratiques de bonne administration que sur des appréciations  
de légalité proprement dite.

Un arrêt de la même année, l'arrêt *Casanova* du 29 mars 1901 (S. 01.3.73, avec la note de M. Hauriou), rendu également sur recours en la forme du recours pour excès de pouvoir, marque à nouveau l'intérêt qui s'attache à ces matières.

Le juge déclare nulle de droit une délibération d'un con-

seil municipal ayant engagé une dépense pour l'installation d'un médecin municipal. Ici encore le conseil municipal était intervenu en vue de l'organisation d'un service public dont le but ne pouvait être que de concurrencer l'activité privée, étant donné que ce service n'avait nullement été imposé par des circonstances exceptionnelles.

M. Hauriou constate très justement que, « par un coup « de barre hardi, le *recours pour excès de pouvoir* revient à « ce qu'il fut toujours essentiellement, un moyen de bonne « administration » (1). En effet, dans cette affaire aussi bien que dans l'arrêt *Descroix* rapporté ci-dessus, les seuls principes découlant de la législation ne purent être d'aucune utilité pratique pour la solution de la question posée au juge. Ce n'est qu'en tenant compte de tous les éléments ayant pu influencer sur la volonté des auteurs des décisions attaquées et en s'appliquant, après examen spécial des faits de la cause, à dégager ce qu'exigeaient l'intérêt général et la bonne administration, que le Conseil d'Etat put arriver à une conclusion précise quant à la validité des mesures administratives, objet des recours.

Dans nos deux affaires, le Conseil d'Etat n'a tiré, en somme, que les conséquences pratiques du principe général qui, en dernière analyse, n'autorise l'intervention de l'administration que dans des intérêts de police entendus au sens large de ce mot (2).

Il faudrait d'ailleurs se garder de voir dans les décisions de ce genre des cas d'application d'un prétendu con-

(1) L'auteur poursuit: « ...Le Conseil d'Etat reprend du coup son « véritable rôle qui est *non pas celui d'un juge chargé uniquement* « *d'assurer l'application des lois, mais celui d'un juge chargé d'assurer* « *la bonne administration*. Et cela n'est pas la même chose, car la « bonne administration ne se décrète point par les textes de loi, même « les plus soigneusement rédigés ».

La formule de l'arrêt est la suivante: « Si les conseils municipaux « peuvent, dans des *circonstances exceptionnelles*, intervenir pour « procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il « résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'exis- « tait à Olmeto.... ».

(2) V. ci-après p. 264 et s.



trôle de l'*opportunité* de l'activité administrative. Il est donc inexact de dire, comme le fait M. Hauriou, qu'ici le juge administratif ait pris en main la tutelle des communes, celle-ci impliquant toujours un élément d'opportunité, soustrait comme tel à toute appréciation contentieuse.

M. Michoud a nettement pris position à cet égard dans son étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Sans comprendre, du reste, le caractère *particulier* des décisions du Conseil d'Etat que nous venons de mentionner, et repoussant, au surplus, l'existence du contrôle de la moralité administrative proprement dite, l'auteur s'efforce de prouver qu'en l'espèce le Conseil d'Etat s'est purement et simplement livré à une appréciation de légalité. Il dit (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 25 et s.): « Les auteurs qui  
« estiment que le Conseil d'Etat doit pénétrer aujourd'hui  
« dans le domaine de l'opportunité administrative, ont allé-  
« gué non seulement des arrêts se rapportant.. à des cas de  
« détournement de pouvoir, mais aussi des arrêts visant des  
« cas de pure et simple violation, soit d'une loi de fond,  
« soit même d'une loi de compétence. Seulement, ce sont  
« des cas dans lesquels la limite légale est assez impré-  
« cise pour que le juge ait à faire un large emploi des pou-  
« voirs d'appréciation qui lui appartiennent en vue de déter-  
« miner la règle de droit à appliquer. Nous avons déjà  
« montré... que même dans les cas de ce genre, c'est bien  
« une question de limite que juge le Conseil d'Etat, par  
« conséquent, une question de droit, et non une question  
« d'opportunité. La même chose doit être dite à propos de  
« l'arrêt *Casanova* qui a fourni à M. Hauriou l'occasion  
« d'esquisser, dans une note célèbre, la théorie du Conseil  
« d'Etat prenant en mains la tutelle des communes et ju-  
« geant leurs actes même au point de vue de l'opportunité.  
« Le Conseil d'Etat se borne, dans cet arrêt, à annuler,  
« comme prise en dehors des attributions du conseil muni-  
« cipal, une délibération par laquelle il avait décidé de sub-  
« ventioneer un médecin. C'est donc qu'il voit une règle  
« de droit dans l'interdiction faite aux communes de péné-

« trer dans le domaine de la libre concurrence entre méde-  
 « cins au moyen de la création d'un service municipal. Il  
 « ajoute, il est vrai, que « les conseils municipaux peuvent,  
 « dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour  
 « procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont  
 « privés ». Cela veut dire que la règle de droit — comme  
 « tant d'autres — est susceptible de comporter des exceptions,  
 « mais des exceptions qui seront elles-mêmes des règles de  
 « droit. Et le principe de ces exceptions est indiqué par les  
 « termes mêmes de l'arrêt ; elles concernent les cas où les  
 « habitants, faute de l'intervention de la commune, seraient  
 « privés de soins médicaux. Il ne s'agit pas du tout de cir-  
 « constances exceptionnelles que le Conseil d'Etat se réserve-  
 « rait d'apprécier à sa guise, mais de circonstances précises  
 « dont l'existence sera nécessaire et suffisante pour rendre  
 « légale la subvention accordée à un médecin. Quand ces  
 « circonstances existeront, la commune appréciera libre-  
 « ment, sous le contrôle du tuteur administratif, si elle doit  
 « ou non établir le service, dans quelle mesure elle doit le  
 « faire, quel médecin elle doit subventionner, etc. Voilà  
 « le vrai domaine de l'opportunité, et sur ce domaine le  
 « juge administratif ne s'est jamais reconnu le droit de  
 « pénétrer. Ce que l'on a pris pour une appréciation d'op-  
 « portunité, c'est la fixation, à titre de règle, de l'une des  
 « limites à poser au pouvoir discrétionnaire de la com-  
 « mune ».

Nous sommes entièrement d'accord avec l'auteur pour reconnaître que, dans les espèces mentionnées ci-dessus, le Conseil d'Etat ne s'est nullement livré au contrôle de l'opportunité de la décision administrative soumise à son appréciation contentieuse. Le juge n'a fait que fixer la limite juridique interne de la compétence légale de l'administration communale. Mais M. Michoud a tort lorsqu'il attribue à l'appréciation faite par le Conseil d'Etat le caractère d'un contrôle de la légalité. La simple lecture des conclusions de M. Romieu présentées dans l'affaire *Descroix* aurait pu lui faire entrevoir que la question posée au juge en pareille

matière relève du principe de la moralité administrative, ce qui n'empêche pas l'appréciation contentieuse d'être absolument *juridique*.

Les arrêts que nous venons d'examiner constituent, en effet, une application particulière du contrôle juridictionnel de la *bonne administration* ou, si l'on veut, de la conformité des actes administratifs à l'*esprit général* de notre droit public. En ce sens, ils se rapprochent étroitement des décisions jurisprudentielles réprimant le *détournement de pouvoir* proprement dit.

En résumé, il convient de dire que si le Conseil d'Etat interdit aux communes de sortir de leurs attributions par l'organisation de services *facultatifs* susceptibles de se répercuter sur l'économie privée, lorsque la création de ces services ne trouverait pas un fondement suffisant dans les faits (*question de moralité*), l'administration active apprécie cependant *discrétionnairement* si, les circonstances exceptionnelles étant reconnues existantes, le service doit être créé et dans quelle mesure cette création devra s'effectuer (*question d'opportunité*) (1).

(1) Cf. encore l'arrêt *Bonnardot* du 7 août 1896 (S.98.3.107) par lequel le Conseil d'Etat a reconnu à une commune le droit d'organiser un service médical gratuit, aucun médecin n'exerçant régulièrement dans la commune.

« Considérant, dit le Conseil, qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit aux communes d'organiser, aux moyens de leurs « ressources ordinaires, un service médical gratuit dans les conditions « où il a été créé par les délibérations... du conseil municipal...; que rien, « dès lors, ne s'opposait à ce que le préfet du département... leur « accordât son approbation; qu'il suit de là que la requête doit être « rejetée... ». Ainsi, dans la commune en question, où il n'existait qu'un médecin-major en retraite, l'intervention administrative était suffisamment justifiée par l'absence de médecins auxquels les habitants auraient pu s'adresser d'une façon régulière. La création d'un service médical gratuit revêtait dans ces conditions un caractère de *police* qui ne pouvait être légitimement contesté.

Pour la question de la création de services publics municipaux, on pourra consulter M. HAURIOU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> édit., p. 185, note (1). V. d'ailleurs, ci-après, p. 259 et s.

## CHAPITRE III

### **La jurisprudence judiciaire et le contrôle du détournement de pouvoir**

---

Nous avons vu comment l'idée du contrôle du détournement de pouvoir, lequel constitue l'expression la plus élevée du contrôle contentieux de la moralité administrative, a été consacrée et mise en œuvre par le juge administratif au cours de la dernière moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Il convient d'examiner, maintenant, les solutions des tribunaux judiciaires intervenues entre 1860 et 1905.

Dans une première section, nous formulerons des considérations générales sur l'attitude adoptée par les tribunaux de cet ordre, considérations qui seront, d'ailleurs, reprises ultérieurement, pour faire l'objet de plus amples développements, au Titre III de notre étude. Dans une deuxième section, nous insisterons sur quelques solutions importantes de la jurisprudence qui nous aideront à fixer le sens de l'orientation du juge judiciaire.

#### SECTION I

##### L'attitude de l'autorité judiciaire

Nous savons déjà que les tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent être appelés à statuer sur la régularité d'actes administratifs lorsque cette question est incidemment portée devant eux par la voie de l'*exception d'illégalité*. Sans insister ici sur les particularités de cette exception, nous ne nous occuperons dans les lignes qui vont suivre que de la jurisprudence du juge pénal, la question de la légalité des

actes administratifs se posant, le plus souvent, en matière pénale (V., d'ailleurs, ce qui a été dit ci-dessus p. 140 note 1).

Précisons, tout de suite, que la jurisprudence judiciaire n'a nullement suivi la marche progressive qui caractérise les décisions du Conseil d'Etat. Dans l'ensemble, le juge de l'ordre judiciaire, ne croyant pas devoir dépasser le point de vue de la *légalité*, entendue au sens étroit de ce mot, s'est refusé à donner une interprétation suffisamment large de l'article 471 n° 15 du Code pénal qui lui aurait permis de contrôler le détournement de pouvoir dans toute la mesure de ses moyens. Aussi, peut-on affirmer que, sauf quelques cas nettement exceptionnels, où le caractère flagrant de l'irrégularité de l'acte devait l'amener à reconnaître au juge le droit de faire usage de son pouvoir de contrôle, la Cour de cassation n'a jamais osé tirer les conséquences pratiques du principe qui attribue à l'idée de *but* une place prépondérante parmi les éléments de l'acte juridique public. Et si nous avons encore besoin de témoignages formels pour nous démontrer le caractère propre du contrôle contentieux portant sur les buts des décisions administratives, cette attitude réservée de la jurisprudence judiciaire nous prouverait suffisamment que ce que nous appelons le contrôle juridictionnel de la *moralité administrative* ne se confond nullement avec le contrôle de la *légalité* proprement dite.

Poussant, d'autre part, à l'extrême le respect du *principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, la Cour de cassation s'est rarement rendu compte qu'il pût sembler contraire à une interprétation rationnelle des principes de justice qu'en matière pénale, surtout, où la *plénitude de juridiction* n'a jamais été sérieusement contestée aux tribunaux judiciaires, le juge néglige de faire, par lui-même, état de la valeur du but de l'acte qu'il est chargé de sanctionner par les peines portées par la loi.

Ainsi la Cour suprême estime que, dans l'exercice de leur contrôle, les tribunaux doivent se borner à vérifier si l'administration est bien restée dans le cercle des attributions

qui lui sont fixées par le législateur, condition suffisante pour la *légalité* de l'acte. Il est éminemment regrettable qu'elle se soit arrêtée à une solution de principe qui écarte généralement le contrôle judiciaire du *détournement de pouvoir* (1).

Toutefois, une atténuation de cette jurisprudence peut être relevée en matière de permissions de voirie, où la Cour suprême a reconnu au juge le droit de connaître du vice du but de l'acte sans qu'il puisse être prouvé, du reste, qu'elle eût *réellement* voulu appliquer la théorie du détournement du pouvoir. Nous verrons, même, par la suite, que l'attitude observée sur ce point par l'autorité judiciaire a amené une divergence de solutions entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative.

Mais, cette matière spéciale mise à part, aucune solution de la jurisprudence judiciaire ne nous autorise à affirmer, comme on a essayé de le faire, que la Cour de cassation ait *vraiment* admis la faculté pour les tribunaux soumis à son autorité d'appliquer, par eux-mêmes, la théorie du détournement de pouvoir, dans toute la mesure des moyens dont ils peuvent disposer.

Nous examinerons, ci-après, quelques arrêts des plus connus qui démontreront l'exactitude de ce que nous venons d'avancer. A ce sujet, nous rappelons que nous traiterons à part, au chapitre suivant, les solutions données tant par la jurisprudence administrative que par la jurisprudence judiciaire en matière de *permissions de voirie*.

## SECTION II

### Solutions de la Cour de cassation

#### § 1<sup>er</sup>. — *Sorties de sociétés musicales ou autres sur la voie publique*

L'examen des décisions de la jurisprudence judiciaire nous révèle une première série d'arrêts de la Cour de cassa-

(1) Cf. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 559.

tion qui éclairent le sens dans lequel le juge judiciaire comprend sa mission : ce sont les décisions qui ont été rendues dans les affaires relatives à la sortie de sociétés musicales ou autres ou au jeu d'instruments de musique sur la voie publique.

Dans un arrêt du 12 novembre 1887 *Cadieu* S. 88.1.137, la Cour de cassation, ch. crim., considère comme régulier « un arrêté municipal qui, s'appliquant à toutes les sociétés « musicales, leur interdit à toutes de jouer et de circuler en « corps sur le territoire de la commune et dans les lieux « publics, sans en avoir obtenu l'autorisation du maire ; « cette réserve ne comportant aucune restriction, l'autorisation peut être obtenue par chaque société musicale ».

Les intéressés reprochaient à l'arrêté du maire de contenir une mesure arbitraire. Mais au lieu de viser également, dans sa formule, soit directement, soit indirectement, le but poursuivi par l'acte incriminé, la Cour tranche la question par une argumentation quelque peu superficielle, en constatant simplement que le maire avait fait un usage légalement régulier de son droit. Or, si le fait que le maire n'avait entouré la réserve d'autorisation d'aucune restriction abusive nous démontre qu'apparemment il n'a pas été porté atteinte au principe légal de *l'égalité de tous devant la loi*, il n'implique pas, par lui-même, la régularité des *buts* ayant déterminé l'intervention administrative. Si la Cour suprême avait voulu épuiser toutes les possibilités d'examen s'offrant au juge de l'exception, elle n'aurait pu, à supposer que la décision prise fût réellement régulière, se dispenser d'exprimer dans son arrêt, d'une façon plus ou moins apparente, qu'il n'était pas établi que le maire eût agi dans un but autre que la sauvegarde de l'ordre ou de la tranquillité publics. La Cour s'étant bornée à vérifier la *légalité stricte* de l'interdiction portée par le maire ne put évidemment entrer dans des considérations de ce genre.

Ce point de vue se trouve confirmé dans d'autres arrêts et notamment dans les arrêts des 11 avril 1889 *Quoniam et autres* S. 89.1.492, et 28 novembre 1896 *Letendre* S. 97.

1. 303, où la Cour se contente de préciser qu'une mesure d'interdiction avec réserve générale d'autorisation ne comportant aucune exception particulière ne pouvait être considérée comme renfermant un élément d'arbitraire, alors que la question était précisément de savoir si réellement le maire avait agi dans un intérêt public.

Dans tous ces cas, l'argumentation de la Cour de cassation se ramène toujours à la formule suivante, devenue classique : « Le maire est compétent pour régler tout ce qui concerne la commodité, la sécurité et la tranquillité du passage dans les voies publiques, et, d'autre part, la réserve d'une autorisation à demander dans des conditions déterminées n'implique en rien l'illégalité, la généralité d'une pareille mesure excluant toute idée d'arbitraire ». Ainsi, la Cour de cassation ne voit qu'une condition de régularité des actes portant interdiction de sortie de sociétés sur la voie publique, c'est que la permission que l'autorité administrative se réserve d'accorder aux intéressés puisse être obtenue par toute société *sans aucune distinction* (1).

(1) A titre de comparaison, nous tenons à reproduire ici un arrêt du Conseil d'Etat, déjà mentionné plus haut (p. 176, n. 1), et qui montre, dans toute son importance, l'écart existant entre les formules employées par le juge pénal et celles dont se sert le juge de l'excès de pouvoir.

Dans son arrêt du 5 avril 1889 *Société philharmonique de Marans* (S. 91.3.48), rendu sur recours formé contre l'arrêté d'un maire qui avait interdit à toutes sociétés musicales de jouer sur la voie publique sans autorisation expresse, le Conseil d'Etat dit en effet : « Consi-  
« dérant qu'en prenant l'arrêté attaqué pour assurer le maintien du bon  
« ordre et de la tranquillité publique », le maire de la commune de  
« Marans s'est borné à faire usage des pouvoirs de police qui lui ap-  
« partenaient et qu'il ne résulte pas des pièces du dossier qu'il se soit  
« servi de ces pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils  
« lui ont été conférés par la loi; qu'ainsi, la requête présentée doit être  
« rejetée, etc... ». Le juge administratif ne se borne donc pas à affir-  
mer que l'acte attaqué était régulier parce que le maire avait agi dans  
la limite de ses pouvoirs légaux. Le caractère général d'une interdiction  
avec réserve d'autorisation portée par un maire ne suffira pas toujours  
pour la rendre inattaquable; il faut, en outre, que le maire ait fait usage  
de ses pouvoirs dans un intérêt public, en l'espèce, dans l'intérêt du  
bon ordre et de la tranquillité publique. Ce but venant à manquer,  
l'acte ne saurait être considéré comme régulier par aucune juridiction.



Pour se faire une idée exacte des formules sinueuses que la Cour de cassation emploie très souvent pour atteindre, cependant, des résultats obtenus par le Conseil d'Etat par un procédé bien plus simple, on n'a qu'à lire l'arrêt rendu par la Cour suprême le 19 avril 1890 *Ricard, Gullet et autres* S. 92.1.425. Voici les termes de cette décision :

« La Cour ..., attendu que, par un premier arrêté du  
 « 24 novembre 1899, le maire de la commune de Robion a  
 « interdit à l'une des deux sociétés musicales de la com-  
 « mune, dite « Société philharmonique », d'exécuter aucun  
 « morceau de musique dans les rues, places et chemins de  
 « la commune, par le motif que des troubles pourraient  
 « se produire par suite de la circulation de cette musique  
 « sur la voie publique; que, ladite société n'ayant pas obéi  
 « à cet arrêté et étant sortie ce même jour, un deuxième  
 « arrêté a été pris pour lui enjoindre de se disperser immé-  
 « diatement; - attendu que, si les arrêtés municipaux, *géné-*  
 « *raux* de leur nature, peuvent exceptionnellement con-  
 « tenir des prohibitions *particulières* applicables seulement  
 « à *certaines* personnes déterminées, *c'est lorsque l'objet*  
 « *à réglementer n'est susceptible que d'une mesure indi-*  
 « *viduelle*; qu'il n'en est pas ainsi de la réglementation de  
 « la circulation des sociétés musicales sur la voie publique;  
 « qu'on ne saurait reconnaître au maire, sous le prétexte  
 « d'assurer le bon ordre, le pouvoir arbitraire d'interdire,  
 « par arrêté, la voie publique à une société musicale déter-  
 « minée, alors que les autres sociétés de même nature  
 « auraient la libre circulation sur cette voie; qu'il suit de

administrative ou judiciaire. Contrairement au système étroit appliqué par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, dépassant le contrôle de la légalité proprement dite, qui ne saurait porter que sur l'objet immédiat de l'acte, fait nettement ressortir la nécessité du contrôle du but, c'est-à-dire de la moralité des mesures incriminées. Si l'on peut encore comprendre que les tribunaux judiciaires s'imposent une certaine retenue vis-à-vis des administrateurs, on ne saurait cependant approuver les formules tranchantes, citées au texte, par lesquelles se traduit la prudence excessive du juge. Les décisions judiciaires que nous aurons encore l'occasion d'examiner par la suite feront ressortir à quels résultats iniques peut conduire une attitude aussi intransigeante.

« là que le premeir arrêté du maire de la commune de  
 « Robion, du 24 novembre 1899, a été illégalement rendu,  
 « comme portant une interdiction individuelle de la voie  
 « publique, applicable à l'une seulement des deux sociétés  
 « musicales de la commune; que le second arrêté, pris le  
 « même jour, en suite de cet arrêté et pour en procurer  
 « l'exécution, est entaché de la même cause d'illégalité;  
 « — attendu, en conséquence, qu'en refusant de recon-  
 « naître à ces arrêtés la force obligatoire, et en prononçant  
 « la relaxe des prévenus, le jugement attaqué a fait une  
 « juste application de la loi ; — rejette, etc... »

Nous constatons que, sans le vouloir, la Cour fait, en l'espèce, application de la théorie du détournement de pouvoir. Elle refuse la force obligatoire à un arrêté de police d'un maire s'appliquant exclusivement à une société musicale déterminée, alors que dans la commune il existait deux sociétés de même caractère. Ce qu'a fait la Cour dans l'arrêt que nous venons de reproduire, c'est exactement, *toutes proportions gardées*, ce qu'a fait, plus tard, le Conseil d'Etat en 1898, dans l'arrêt *Société la Seynoise* examiné ci-dessus (page 174).

La différence entre la formule brève du Conseil d'Etat et l'argumentation un peu longue de la Cour de cassation saute aux yeux. Il est facile d'apercevoir les raisons de cet écart : Le juge administratif a appliqué la théorie du *détournement de pouvoir* par le fait même qu'il a fondé l'annulation sur l'absence de tout *motif spécial* ayant pu dicter la mesure d'interdiction prise par le maire, ce qui indiquait suffisamment que celle-ci ne pouvait être inspirée que par la poursuite d'un but étranger à la bonne administration ; la Cour de cassation, désireuse d'aboutir au même résultat, *sans s'écarter du point de vue de la légalité*, a essayé de ventiler le contenu (1) des pouvoirs appartenant au maire

(1) Une argumentation analogue, sinon identique, à celle employée par la Cour suprême se retrouve à la base de certaines annulations prononcées par le Conseil d'Etat (V. ci-après, p. 306 et s.); mais alors le Conseil relève formellement le détournement de pouvoir, tandis que la Cour se laisse guider uniquement par des considérations de *légalité*.

en matière d'interdiction de sorties de sociétés, afin de découvrir, sans entrer dans l'appréciation des motifs, le vice de la mesure administrative enfreinte par le délinquant. Le Conseil d'Etat annule pour défaut de *motif spécial mentionné dans l'arrêté municipal*, alors que la Cour de cassation refuse de déclarer obligatoire la décision incriminée parce que la mesure individuelle prise par le maire ne s'appliquait pas à un objet susceptible d'une pareille mesure. Dans l'arrêt *Société la Seynoise* il y a annulation pour défaut de motifs justificatifs tandis que, dans l'arrêt de la Cour de cassation, il y a déclaration d'illégalité pour défaut de correspondance entre la mesure prise et l'objet sur lequel elle porte.

## § 2. — *L'intérêt financier et économique*

I. Solutions d'ensemble. — II. Décisions relatives à la fermeture des fabriques d'allumettes à la suite de l'établissement du monopole.

I. — a) Mais il y a des espèces où, à l'époque, les divergences existant entre les solutions administratives et judiciaires apparaissent d'une façon toute particulière ; ce sont toutes celles relatives aux arrêtés municipaux portant certaines interdictions à *l'effet d'accroître les recettes communales* ou de *protéger le commerce local*.

Nous avons examiné ci-dessus (p. 167 et s.) quelques décisions du Conseil d'Etat qui nous ont permis d'établir qu'en cette matière le juge de l'excès de pouvoir a su découvrir, sans grande difficulté, le vice entachant des arrêtés qui, sous un prétexte de police, étaient pris en réalité pour la protection d'intérêts financiers ou commerciaux locaux. Bien entendu, la Cour suprême n'a pas plus suivi sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'elle ne l'a fait en d'autres matières.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1880 *Le Moal* S. 81.1.435 déclare légale et obligatoire l'interdiction faite aux forains de vendre ailleurs qu'aux

halles les denrées apportées par eux les jours de marché, et aux habitants d'acheter des denrées, en dehors du marché, sur la voie publique et même à domicile, *alors qu'incontestablement une pareille mesure ne pouvait tendre à un autre but que d'obliger les intéressés à payer les droits de place et d'augmenter de cette façon les ressources de la commune.* L'arrêt, sans viser le but poursuivi par l'agent administratif portant cette interdiction abusive, admet que ces dispositions sont légales et « qu'elles rentrent dans les objets que la loi « du 24 août 1790 a confiés à la surveillance de l'autorité « municipale ».

Ce point de vue se trouve exprimé avec plus de force encore dans un arrêt du 31 janvier 1890 *Bournac* S. 92.1. 283, déclarant obligatoire un arrêté municipal qui avait interdit l'introduction dans la commune de viandes d'animaux abattus ailleurs que dans l'abattoir communal ou dans tous autres abattoirs publics, « attendu, dit la Cour, « qu'une pareille disposition qui d'après l'arrêté même a « pour objet de garantir la salubrité de la viande de bou- « cherie introduite... est *par elle-même* légale et obligatoire, « qu'elle rentre comme mesure de police dans le cercle des « pouvoirs conférés à l'autorité municipale par l'article 97 « § 5 de la loi du 5 avril 1884, que cette mesure ne « perdrait pas son caractère propre encore qu'elle aurait « pour objet indirect d'assujettir les forains à des taxes « d'abattoir dont il n'échet d'examiner la légalité, puisque « leur application ne fait l'objet ni du procès-verbal dressé... « ni de l'arrêté susvisé... ».

Voilà bien une décision étrange qui méconnaît absolument le caractère de la question précise qui était posée au juge. Si, comme le dit la Cour suprême, dans les circonstances de la cause, il ne pouvait évidemment appartenir au juge répressif d'examiner la légalité des taxes perçues par la commune, du moins avait-il le *droit* et le *devoir* d'apprécier si le maire avait *réellement* fait un usage régulier de ses pouvoirs. Un examen attentif de tous les éléments de la décision administrative dont la régularité était contestée

aurait pu amener la Cour suprême à constater que le vice de la mesure dont elle fut appelée à connaître tenait non pas à ce qu'elle avait pour *objet indirect* la perception de taxes, mais bien à ce qu'elle avait été inspirée exclusivement par le désir d'augmenter les recettes communales. Soucieuse d'éviter tout ce qui aurait pu être considéré comme une appréciation contentieuse des *motifs* de l'acte administratif, la Cour a confondu l'*effet* avec la *cause*. Nous avons vu que dans les arrêts *Carville* et autres, reproduits ou mentionnés ci-dessus (p. 169 et s.), le Conseil d'Etat, mieux inspiré, est arrivé logiquement à des conclusions plus équitables, diamétralement opposées à celles de la Cour de cassation (1).

b) Il est vrai que certains arrêts pourraient faire supposer que la jurisprudence judiciaire s'est quelque peu écartée du point de vue étroit adopté par elle dans les catégories d'affaires que nous venons de passer en revue (V. not. les arrêts des 12 juin 1869 *Billard* S. 70.1.143 ; 9 mars 1889 *Camus* S. 90.1.189 ; 26 juillet 1890 *Frébourg* S. 92.1.46). Or, tous ces arrêts ne démontrent, en somme, rien d'autre que la préoccupation de la Cour de cassation d'assu-

(1) V. dans le même sens que l'arrêt mentionné au texte: Cass.-crim., 27 décembre 1890 *Roussel, Grosdidier et Jaffré* S. 91.1.495 (« Attendu que, « si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie implique « nécessairement pour les marchands domiciliés l'exercice régulier de « leur commerce chez eux et dans leurs magasins, il ne leur donne « aucun droit sur la voie publique; que la réglementation ou même « l'interdiction des marchés sur cette voie rentre dans les pouvoirs « généraux de police attribués au maire par l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884; que la circonstance qu'une disposition portant « une telle interdiction aurait pour conséquence indirecte de favoriser la « perception d'une taxe municipale, ne saurait en infirmer la validité.. »). Cf. aussi Cass.-crim. 10 juillet 1890 *Chevillon et Dano* S. 92.1.46.; 12 novembre 1864 *Stréby* S. 66.1.271; 19 juillet 1889 *Trémel* S. 90.1.190.

En ce qui concerne spécialement la police de la circulation, nous rencontrons des solutions analogues. V. not. Cass. 25 août 1864 *Lesbats* S. 64.1.516, arrêt intervenu dans la fameuse affaire *Lesbats* dans laquelle le Conseil d'Etat avait également été appelé à statuer (V. ci-dessus p. 161 et s.). Tout en s'efforçant de saisir l'ensemble des éléments de la situation, le juge judiciaire ne put arriver à dénoncer formellement le *détournement de pouvoir* que nous avons vu relever par le Conseil d'Etat.

*rer en toutes circonstances et à tous points de vue le respect de la règle légale. Ils ne sauraient, à notre avis, être considérés comme des cas d'application du contrôle contentieux du détournement de pouvoir proprement dit.*

« Attendu, dit la Cour dans le dernier des arrêts précités, « que l'article 1<sup>er</sup> de ce règlement... est ainsi conçu: ( Il est « formellement interdit aux bouchers et charcutiers de la « ville de vendre des viandes autres que celles provenant « des bestiaux tués à l'abattoir »; - attendu que ce même « règlement admet, dans son article 2, les bouchers forains « à mettre en vente, dans la ville, des viandes provenant de « bestiaux tués au dehors, sauf vérification et acceptation « préalable par le service d'inspection sanitaire de l'abattoir « municipal; - attendu qu'en refusant aux bouchers de « la ville, en dehors de toute préoccupation de salubrité « publique, le droit qu'il conserve au profit des forains, le « règlement susvisé, dans la disposition qui a servi de base « à la poursuite, contient, au préjudice des premiers, une « atteinte aux principes de la liberté du commerce et de « l'égalité devant la loi; - casse et annule, etc... ».

On voit que la Cour a facilement été amenée à déclarer illégale la mesure administrative portant interdiction de vendre des viandes autres que celles de bestiaux tués à l'abattoir, non seulement parce qu'elle a pu constater une violation caractérisée de la liberté du commerce, mais encore en raison du *traitement inégal* de personnes de même profession, traitement qui, de l'avis de la Cour, peut être considéré comme une atteinte au *principe de l'égalité de tous devant la loi*. Elle évite donc d'insister, d'une façon particulière, sur les motifs qui auraient pu inspirer la mesure prise par le maire.

Il est vrai que la Cour relève que la mesure incriminée avait été prise « en dehors de toute préoccupation de salubrité publique », mais cela ne signifie pas encore qu'elle ait eu *conscience* d'appliquer la théorie du *détournement de pouvoir*. Nous remarquons, une fois pour toutes, que lorsqu'on veut apprécier cette jurisprudence à sa juste valeur,

il faut considérer les arrêts dans leur ensemble et ne pas s'attacher à certains termes tout accidentels de telle ou telle décision de la Cour suprême. Ces termes ne sauraient, bien entendu, autoriser à eux seuls une conclusion quant à l'esprit dans lequel ont été conçues toutes ces décisions.

C'est ainsi que nous pouvons encore affirmer que ce n'est pas sur une question de *détournement de pouvoir* que la Cour suprême s'est prononcée dans l'arrêt rapporté ci-dessus, ainsi que dans d'autres analogues, mais bien sur une simple question de *légalité* au sens étroit de ce mot. (Cf., dans un autre ordre d'idées, l'arrêt Cass.-crim. 23 février 1889 *Rendu S. 89.1.344*, 2<sup>e</sup> espèce; arrêté accordant à la fanfare municipale et à son chef le droit exclusif de jouer et d'organiser des bals sur la place publique les jours de fête, reconnu illégal comme portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et comme créant une situation privilégiée au profit d'une personne déterminée.) (1)

(1) En dernière analyse, il convient de dire que dans toutes ces matières la Cour de cassation s'est laissé guider par quatre principes d'ordre légal: 1) Le maire a incontestablement le droit, qui lui a été reconnu par la loi, de réglementer le *commerce des denrées* destinées à la consommation locale ainsi que la *circulation* sur la *voie publique*; 2) en ce qui concerne le commerce exercé sur la *voie publique*, sur laquelle les particuliers ne sauraient prétendre à *aucun droit subjectif*, ses pouvoirs sont à peu près *absolus*, alors que, d'autre part, il ne peut interdire le commerce dans les *locaux privés* sans porter atteinte à la loi; 3) un traitement différentiel de personnes ou collectivités se trouvant dans des conditions égales doit être prohibé comme portant atteinte au principe fondamental de *l'égalité de tous devant la loi*; 4) La création directe de *monopoles* et de *privilèges* par des mesures de police empêchant les intéressés d'exercer leurs droits légitimes et naturels est contraire à la *liberté individuelle*.

Nul doute que ces principes généraux, considérés en eux-mêmes, découlent immédiatement de la loi. Leur application peut évidemment amener le juge judiciaire à donner, dans certains cas, les mêmes solutions que le juge administratif, mais elle ne lui fournit aucun moyen pratique de saisir sur le vif ceux des vices entachant les mesures administratives qui, sans contredire, *d'une manière apparente*, un principe légal, contiennent néanmoins un détournement de pouvoir caractérisé.

Au sujet des arrêts de la Cour suprême qui admettent la légalité de mesures administratives que le Conseil d'Etat aurait certainement an-

II. — La question de l'appréciation contentieuse, par les tribunaux judiciaires, de la régularité des décisions administratives s'est posée d'une façon un peu différente dans les affaires bien connues relatives à la fermeture des fabriques d'allumettes par voie administrative à la suite de l'établissement du monopole.

Nous avons déjà vu ci-dessus à quelle solution le Conseil d'Etat s'était arrêté, lorsqu'il fut appelé à connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les arrêtés préfectoraux ordonnant la fermeture des usines (V. ci-dessus p. 167 arrêt *Laumonnier-Carriol*). Après tout ce que nous savons déjà de l'attitude du juge judiciaire à l'égard du contrôle du détournement de pouvoir, il est presque inutile de mentionner que la Cour suprême s'est absolument refusée à donner satisfaction aux usiniers à l'occasion des

nulées comme abusives, M. HAURIU, dans sa note sous l'arrêt *Carville*, cité ci-dessus (p. 169), déclare : « Il est regrettable : 1) que la Cour « de cassation n'ait pas vu que ces arrêtés sont pris en violation de la « loi des 2-17 mars 1791 sur la liberté du commerce; 2) qu'elle n'ait pas « eu de la police municipale la même notion élevée que le Conseil « d'Etat et qu'elle n'ait pas vu que la police ne doit être employée ni « dans un but fiscal, ni dans un but de protection commerciale; il ne « s'agit point, en effet, d'examiner la légalité de taxes d'abattoir, il « s'agit de la légalité d'un arrêté sur la police de la salubrité, qui, au « fond, n'aurait d'autre but que d'augmenter les recettes provenant de « ces taxes ou de protéger le commerce local par la perception de « ces taxes, et auquel il convient d'arracher l'étiquette trompeuse sous « laquelle il se dissimule. La Cour de cassation a mission de protéger « la loi, non seulement dans son texte, mais dans son esprit; la légalité « des arrêtés municipaux de police suppose que la police n'a pas été « détournée de son but. Par conséquent, la Cour de cassation peut, « aussi bien que le Conseil d'Etat, pourchasser les détournements de « pouvoir des maires... »

Il convient de faire des réserves sur les termes employés par l'auteur, qui, dans ce passage, s'écarte quelque peu de sa doctrine défendue ailleurs avec beaucoup de force et d'après laquelle le détournement de pouvoir est bien autre chose qu'une théorie de l'illégalité. Quoi qu'il en soit, il est regrettable que la Cour suprême ne se soit pas aperçu ou que, tout au moins, elle n'ait pas voulu exprimer franchement que la police municipale ne peut s'exercer qu'en vue de buts bien définis et que les *simples apparences* ne sauraient à elles seules autoriser toujours un jugement favorable sur la valeur juridique des actes juridiques publics.



pourvois dont elle avait été saisie contre les sursis à statuer prononcés par les tribunaux de simple police en faveur des prévenus qui avaient été poursuivis pour refus d'obéissance aux ordres administratifs. La Cour n'a voulu voir dans les mesures prises par l'administration et arguées d'illégalité que des actes tendant à *régulariser* une situation considérée comme *illégal*, alors cependant qu'elles avaient été prises en conformité d'instructions ministérielles prescrivant la fermeture des usines pour éviter à l'Etat le paiement des indemnités que la loi avait prévu au profit de tous les établissements ayant une existence publique, sans distinguer entre ceux qui étaient *autorisés* et ceux dont l'existence était *irrégulière*. La Cour de cassation n'est pas entrée dans ces considérations. Peut-être pouvait-elle, comme l'indique M. Michoud (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 50, n. 2), avoir de justes motifs de ne pas se livrer à l'examen d'instructions ministérielles qui l'auraient entraînée à enfreindre le *principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire* tel qu'il a toujours été entendu par la Cour suprême. Néanmoins, il n'est pas sans intérêt de constater qu'encore ici elle a passé outre à toute considération de *moralité* et s'est refusée à la solution qu'aurait pu lui dicter une saine appréciation de la situation de fait qui la mettait en présence de manœuvres bien caractérisées destinées à déjouer les intentions réelles du législateur (1).

(1) Voici les termes de l'arrêt du 21 août 1874, 1<sup>e</sup> espèce, *Pariset*, S. 75.1.483: « La Cour —... attendu que par arrêté, en date du 10 avril 1874, le préfet de l'Oise a déclaré illégale, comme étant exploitée sans autorisation, la fabrique d'allumettes chimiques de Pariset... et qu'un procès-verbal de la gendarmerie dressé le 26 dudit mois d'avril, en exécution de l'arrêté précité, a constaté que Pariset se trouvait en état de contravention; — attendu que, cité devant le tribunal de police, Pariset a excipé, pour sa défense, de la prétendue nullité de l'arrêté préfectoral du 10 avril 1874 et demandé qu'en tout cas il fût sursis à statuer sur la prévention jusqu'à ce que l'autorité administrative supérieure eût prononcé sur le recours exercé par le demandeur; que le tribunal de police a déclaré surseoir à statuer sur la contravention jusqu'à ce qu'il ait été prononcé par le Conseil d'Etat, saisi du recours contre l'arrêté préfectoral; — attendu que l'arrêté du 10 avril 1874 a été *légalement* pris par le préfet, dans les limites des attributions qui

§ 3. — *Solutions particulières*

Il existe, cependant, quelques cas où les formules de la jurisprudence judiciaire se rapprochent *singulièrement* de celles employées par le Conseil d'Etat. Que reste-t-il alors de notre affirmation d'après laquelle la Cour de cassation se refuse généralement à faire application de la théorie du détournement de pouvoir ?

Nous répondrons, d'abord, que ces arrêts, très rares, demeurent *nettement exceptionnels* et, ensuite, que dans les circonstances dans lesquelles se présentaient ces affaires, il était impossible au juge de ne pas s'apercevoir que les décisions arguées d'illégalité contrevenaient *de la façon la plus flagrante* à tout principe de bonne administration, à tel point qu'à première vue les actes en question apparaissaient comme dépourvus non seulement de tout fondement de fait, mais encore *de toute base légale*.

Dans cet ordre d'idées, on cite surtout un arrêt du 29 octobre 1896 *Bazin et autres* S. 97.1. 247. Il y est admis que les peines prévues par l'article 471 n° 15 du Code pénal ne peuvent être appliquées en cas d'infraction à un arrêté municipal intervenu à la suite d'un traité passé avec une compagnie concessionnaire des eaux et interdisant aux habitants d'une commune dont le loyer était supérieur à 500 francs de s'approvisionner aux bornes-fontaines de la

« lui sont conférées par le décret du 25 mars 1852; — attendu qu'il est  
« de règle pour les tribunaux comme pour les parties que... le recours  
« administratif n'est pas suspensif et que les arrêtés légalement pris  
« sont exécutoires tant qu'ils n'ont pas été régulièrement réformés; —  
« attendu, en conséquence, que le tribunal de police a considéré à tort  
« le recours... comme constituant une question préjudicielle, etc...  
« casse etc... ».

Si l'on peut concéder à la Cour que « l'arrêté du 10 avril 1874 a été  
« légalement pris par le préfet, dans les limites des attributions qui lui  
« sont conférées par le décret du 25 mars 1852 », il y a lieu de remarquer, avec le Conseil d'Etat, que cette mesure « n'a pas eu pour but  
« les intérêts que les lois et règlements ont en vue de garantir et que  
« le préfet a agi en exécution d'instructions émanant du ministre des  
« finances à la suite de la loi du 2 août 1872 et dans l'intérêt d'un  
« service financier de l'Etat », ce qui constituait un *détournement de pouvoir* flagrant.

commune. L'arrêt relève que la disposition de l'arrêté portant cette interdiction est « étrangère à toute préoccupation « de salubrité publique », que « son but est exclusivement « fiscal, que, d'ailleurs, le maire a déclaré, dans les « considérants, qu'il l'édicte à la demande de la compagnie concessionnaire des eaux... et en vue d'augmenter « le nombre des abonnements... et qu'en conséquence, il « n'a pas été pris dans un intérêt et but de police » (1).

Les seules apparences nous interdisent de nier qu'en l'espèce la Cour de cassation ait tenu à émettre une appréciation sur le but même poursuivi par l'acte administratif entrepris pour illégalité. Mais personne ne contestera que la mesure édictée par le maire était réellement d'un arbitraire tel que les intentions de l'autorité municipale devaient se révéler à la simple lecture de l'arrêté ; les considérants eux-mêmes faisaient nettement ressortir le but absolument irrégulier poursuivi par l'administration. Dans ces conditions, non seulement l'arrêté en question portait atteinte à un principe de *moralité* évident, mais il sortait également, d'une façon très nette, du *cadre des attributions légales* de l'autorité municipale. Car un maire qui, dans l'exercice de son pouvoir de police, fait *ouvertement* défense aux habitants d'une commune de profiter de certains avantages pour la seule raison qu'ils paient un loyer supérieur à un certain chiffre, que cette défense ait été spécialement motivée par un intérêt fiscal ou non, ne pouvait, bien entendu, sous aucun prétexte, se prévaloir des facultés rentrant dans sa compétence légale. Et si, dans cette affaire, la Cour de cassation, *contrairement à ses habitudes*, a cru devoir relever en termes formels que l'arrêté du maire avait eu un but exclusivement fiscal, ce qui avait, évidemment, l'apparence d'une appréciation contentieuse de la conduite morale de l'administration, cela ne signifie pas du tout qu'en l'espèce elle se soit vraiment prononcée en faveur de l'application de

(1) Arrêt cité dans la note de M. HAURIOT sous l'arrêt *Carville* comme constituant une application de la théorie du détournement de pouvoir par l'autorité judiciaire. V. aussi M. RÉGLADE, *L'exception d'illégalité en France*, *Rev. dr. p.*, 1923, p. 415; cf. au surplus ce qui a été dit ci-dessus page 201 et s.).

la théorie du détournement de pouvoir par le juge judiciaire (1).

Rappelons, d'ailleurs, que cette dernière n'a de raison d'être que parce qu'elle s'applique, comme la théorie parallèle de l'*abus du droit*, à des cas qui se présentent encore avec quelque apparence de régularité. Or, on ne peut nier que dans notre espèce l'*illégalité* était *flagrante*.

En dépit de cet arrêt et peut-être aussi de quelques autres, intervenus dans des circonstances analogues (2), il reste que, dans la presque totalité des cas dans lesquels les tribunaux judiciaires se verraient contraints de se livrer à un *examen spécial* des motifs d'un acte administratif pour en découvrir le vice, l'autorité judiciaire refuse de tenir compte du *détournement de pouvoir*. En tous cas, rien ne prouve qu'elle ait vraiment eu conscience d'appliquer cette théorie (3).

(1) Cf. ce qui a été dit ci-dessus, p. 202 et s.

(2) Dans une note à la page susindiquée de son étude mentionnée ci-dessus, M. Marc RÉGLADE fait observer que d'après A. RIVES (*L'exception d'illégalité*, thèse Paris 1908, p. 117) cette jurisprudence remonterait même à 1880.

(3) En ce qui concerne spécialement la compétence *ratione materie*, on a cité l'arrêt Cass.-crim. 8 janvier 1891 *Syndicat des pharmaciens de la Loire c. Porteret et autres* S. 91.1.509 bien qu'il ne tranche pas, d'une manière directe, la question de principe qui nous intéresse (R. SAINT-DIZIER, *Criées municipales*, p. 15; Comp. égal. G. RENARD, *Le Droit de la profession pharmaceutique*, 1924, p. 75). La commission administrative d'un hôpital public avait décidé que sa pharmacie vendrait des médicaments au public. Cette décision était entachée d'excès de pouvoir parce qu'elle constituait une intervention irrégulière d'une administration publique dans le domaine économique et qu'au surplus elle faisait sortir la commission administrative de sa spécialité; le Conseil d'Etat n'aurait, d'ailleurs, pas manqué, le cas échéant, de l'annuler conformément à la jurisprudence que nous avons déjà eu l'occasion d'exposer. Le gérant de la pharmacie fut poursuivi pour infraction à la loi qui, en matière de pharmacie, prohibe la séparation de la gérance et de la propriété d'une officine (Comp. G. RENARD, *op. cit.*, p. 57 et s.). Saisie d'un pourvoi à l'occasion de ces poursuites, la Cour de cassation déclare qu'il n'y avait pas infraction; elle admet la régularité des opérations de vente de médicaments au public sous le prétexte déplorable qu'aux termes de l'article 8 *in fine* de la loi du 7 août 1851 sur les hospices et hôpitaux les commissions administratives de ces établissements arrêtent, avec approbation préfectorale, « les règlements du service tant intérieur qu'extérieur et de santé... ».

## CHAPITRE IV

### **Solutions jurisprudentielles intervenues en matière de permissions de voirie (1)**

---

Pour terminer l'examen des solutions jurisprudentielles intervenues dans le domaine d'application de la théorie du détournement de pouvoir, au cours de la période s'étendant de 1864 à 1905, il nous reste à étudier brièvement la jurisprudence concernant la matière spéciale des *permissions de voirie*. Nous avons réservé jusqu'ici l'examen de ces décisions, qui se sont nettement dégagées à la fin du XIX<sup>e</sup> et au commencement du XX<sup>e</sup> siècle, parce qu'elles méritent, dans l'ensemble de notre étude, une place à part, tant à cause de l'évolution intéressante qui s'est produite à ce sujet dans la jurisprudence administrative, qu'en raison de l'attitude particulière adoptée en cette matière par la Cour de cassation.

Rappelons qu'une permission de voirie, au sens étroit de ce mot, est *l'acte par lequel l'autorité administrative compétente accorde à une personne déterminée le droit de faire un usage privatif, entraînant emprise, de la voie publique*.

Il paraît donc incontestable que, pour accorder ou refuser une telle permission, l'administration doit jouir, en principe, d'un pouvoir discrétionnaire très étendu. Cela se comprend, d'ailleurs, facilement si l'on admet que l'administration doit être considérée comme *propriétaire* et non seulement comme *gardienne* du domaine public (2).

(1) V. JÉZE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1922, p. 406 et s.

(2) Il y a lieu de distinguer les *permissions de voirie* proprement dites des simples *autorisations de stationnement*, etc., qui n'impliquent aucune modification à l'assiette du domaine et pour lesquelles l'administration, qui n'intervient pas ici en qualité de *propriétaire*, a nécessairement des pouvoirs moins étendus (Cf. ci-dessous, p. 220 et s.).

Il est de règle, cependant, qu'une permission de voirie doit être accordée lorsque aucun motif d'intérêt général tiré notamment de la commodité de la circulation, de la sécurité publique et de la viabilité du domaine ne s'y oppose.

§ 1. — *Caractère discrétionnaire des décisions portant octroi de permissions de voirie* (1)

Au cours de la période qui nous occupe, l'octroi de permissions de voirie par l'administration était encore considéré par la juridiction administrative comme un *acte discrétionnaire*.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 26 décembre 1891 *Compagnie générale du gaz pour la France et l'Etranger* (S. 93.3.142) déclare formellement que « la décision par laquelle le « préfet refuse d'autoriser l'établissement de deux branchements nouveaux à une canalisation existant sous le sol « d'une route nationale n'est pas de nature à être déféré au « Conseil d'Etat pour excès de pouvoir ». De même, dans un arrêt du 27 mars 1903 *Société mutuelle d'électricité de Neuilly* (D. 04.3.88) le Conseil précise que « la décision par « laquelle le maire a refusé à la société... l'autorisation « d'établir des canalisations d'électricité dans le sous-sol des « rues de la commune, n'est pas de nature à être déféré au « Conseil d'Etat... et que la société... n'est pas recevable a « discuter par la voie contentieuse les motifs de ce refus « d'autorisation » (2).

Cette thèse était des plus contestables. Elle s'appuyait, surtout, sur le fait que les pétitionnaires n'ont *aucun droit* à la délivrance, laquelle constituerait une pure *faveur* accordée discrétionnairement par l'administration. M. Michoud adresse à ce sujet une critique sévère au Conseil d'Etat. « On ne voit pas, dit-il (*Ann. Gren.*, 1914, p. 48), « pourquoi le refus échapperait au grief de détournement

(1) Cf. Achille MESTRE, *Les refus des permissions de voirie*, Rousseau, 1924.

(2) Cf. encore Cons. d'Et. 6 mars 1885 *Bonhomme* (S. 86.3.56).

« de pouvoir s'il est prononcé en vue d'un but qui n'a rien  
 « de commun avec l'intérêt général, notamment pour favo-  
 « riser un particulier au détriment d'un autre... Nécessaires  
 « au particulier qui veut faire de la voie publique certains  
 « usages tout à fait conformes à la destination de cette voie,  
 « les permissions de voirie ne peuvent être abandonnées au  
 « bon plaisir de l'administration ».

Toutefois, on avait tendance à admettre que l'octroi d'une permission de voirie ne devait pas, en principe, être subordonnée au paiement d'une redevance. Ce point de vue qui ne s'était, du reste, pas imposé en jurisprudence (1), reposait, certainement, sur une fausse appréciation des faits. On ne s'était pas rendu suffisamment compte que l'administration, véritable *propriétaire* du domaine public, pût avoir le droit de percevoir un loyer pour les concessions qu'elle accorde sur ce domaine. Le législateur dut intervenir à plusieurs reprises pour faire admettre *définitivement* et *dans tous les cas* la régularité des redevances imposées aux permissionnaires (2).

## § 2. — *Le retrait des permissions de voirie* (3)

I. Décisions du Conseil d'Etat. — II. Attitude de la Cour de cassation. —  
 III. Décisions particulières du Conseil d'Etat (aff. *Goret*). —  
 IV. Critique de la jurisprudence. — Conclusion.

I. — Si, dorénavant, l'octroi d'une permission pouvait légalement être subordonnée au paiement d'une redevance, on n'a pas admis que le retrait d'une permission une fois accordé pût être prononcé pour un motif pécuniaire, la révocation ne devant avoir lieu que pour la *sauvegarde de la circulation*, de la *sécurité publique*, dans *l'intérêt de la conservation du domaine* et de *l'exécution de travaux*

(1) V. A. MESTRE, *op. cit.*, p. 22.

(2) V. pour ces questions JÈZE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1922, p. 408 et s.

(3) V. A. MESTRE, *La révocation des permissions de voirie*, *Rev. des concessions dép. et comm.*, 1923, p. 5 et s.; LOUIS DELBEZ, *La révocation des actes administratifs*, *Rev. dr. p.* 1928, p. 474 et s.

*publics* ou encore pour inexécution des conditions mises à l'octroi de la permission dans un intérêt public (Cons. d'Et. 1<sup>er</sup> juillet 1898 *Brillouin* S. 1900.3.87). Un retrait motivé par des buts autres que l'intérêt de la voirie et du domaine en général constituerait donc un détournement de pouvoir, bien qu'il eût toujours été de principe qu'une permission d'occupation temporaire du domaine public est essentiellement *révocable*.

Une des premières décisions jurisprudentielles qui reconnaisse l'irrégularité du retrait d'une permission prononcée pour des motifs étrangers à l'intérêt du domaine est l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 novembre 1878 *Dehaynin* (S. 80. 2.155) qui refuse compétence à l'autorité administrative pour retirer une permission *dans l'intérêt financier* de l'Etat, l'autorité publique n'ayant le droit de retirer les autorisations données que « dans l'intérêt de la conservation et de la police du domaine public » (1). Cette règle a été confirmée par plusieurs arrêts subséquents (2).

(1) « Considérant, dit le Conseil d'Etat, que l'arrêté attaqué, pris en vertu d'une instruction du ministère des finances visée dans ledit arrêté, a subordonné le maintien d'une autorisation précédemment accordée au sieur D. d'établir des tuyaux sous le sol de diverses routes nationales, à la condition qu'il consentirait à payer une redevance annuelle à l'Etat; qu'il appartenait au ministre, s'il se croyait fondé à réclamer cette redevance, à en poursuivre le remboursement par les voies de droit, sauf au sieur D. à en contester la légalité devant l'autorité judiciaire; mais que, si le préfet avait le droit, *dans l'intérêt de la conservation et de la police du domaine public*, de retirer les autorisations données au sieur D. d'occuper temporairement une partie de ce domaine, il ne pouvait, sans excès de pouvoir, user de ce droit dans *l'intérêt financier* de l'Etat, pour obliger le sieur D. à se soumettre à une redevance dont il contestait la légalité; etc. ».

(2) V. not. Cons. d'Et. 15 novembre 1895 *Tauveron* (S. 97.3.145). « Considérant, est-il dit dans cet arrêt, qu'il est établi par les actes mêmes joints au dossier qui ont précédé et amené la décision attaquée que le retrait de l'autorisation accordée au sieur T. n'a pas été prononcé dans l'intérêt de la *viabilité*, mais dans *l'intérêt particulier* de la commune..., qu'ainsi le préfet a fait usage des pouvoirs qui lui appartiennent dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés... ».

V. encore Cons. d'Et. 19 mars 1880 *Comp. centrale du gaz* (S. 81.3.67),



Des cas intéressants de détournement de pouvoir se sont présentés dans les affaires *Thorrand* des 8 février 1889 et 9 juin 1893 (D. 90.3.51 et 94.3.64).

Pour retirer des permissions accordées à une société déterminée, un préfet s'était uniquement fondé « sur ce que la « propriété des eaux utilisées était contestée », alors qu'avant d'accorder les autorisations demandées il avait constaté formellement que « la pose des conduites n'était pas de « nature à gêner la circulation ni l'entretien de la voie « publique ». Le Conseil d'Etat, considérant, dans ces conditions, que le préfet avait agi « dans un intérêt autre que « celui de la *viabilité* et de la *conservation du domaine public* », annula pour détournement de pouvoir. A la suite de cet arrêt, le préfet, par un nouvel arrêté, retira une seconde fois la permission accordée en alléguant, cependant, que l'exécution des travaux autorisés pouvait gêner la *circulation*. Pris en lui-même l'arrêté se présentait donc avec de fortes apparences de fondement. Mais le juge ne s'y trompa pas. Après avoir constaté que les nouveaux motifs n'avaient été exprimés que « pour écarter les apparences d'un nouveau détournement de pouvoir » et que « une telle allégation n'était pas de nature, *dans les circonstances où elle s'est produite*, à changer le véritable caractère de cet arrêté », il annula, une seconde fois, pour « détournement de pouvoir.

II. — Selon toute *apparence*, la Cour de cassation, par une dérogation remarquable à sa jurisprudence traditionnelle, a appliqué, dans cette matière, le principe établi par le Conseil d'Etat. Dépassant le point de vue de la *légalité*, entendue au sens étroit de ce mot, elle a déclaré qu'une permission de voirie ne pouvait être retirée si ce retrait devait servir à d'autres buts qu'à la conservation et à la *viabilité* du domaine. Il est vrai que dans les espèces sur lesquelles il fut appelé à statuer, le juge judiciaire ne dut éprouver aucune difficulté à découvrir le détournement de pouvoir, celui-ci s'étant révélé dans les circonstances immé-

diates de la décision administrative, entreprise pour illégalité, sans qu'il fût besoin de procéder à un examen approfondi de tous les éléments de fait de l'acte prétendu irrégulier. Le principe de la séparation des autorités tel qu'il est interprété par la jurisprudence judiciaire put être considéré comme suffisamment sauvegardé, du moment qu'en pareil cas les tribunaux pouvaient se dispenser d'examiner en détail les motifs de l'acte administratif.

Les arrêts généralement cités en cette matière sont les arrêts du 27 juillet 1893 *Colette* ; 3 août 1893 *Raoul Jay*, D. 94.1.197, 25 octobre 1900 *Goret* S. 03.1.303.

« Attendu, en fait, est-il dit dans le dernier de ces arrêts, « qu'il résulte du jugement attaqué que... le maire a autorisé Goret à placer sur les voies publiques dépendant de « la voirie urbaine les fils et appareils nécessaires à la transmission des courants électriques pour l'éclairage des particuliers et que... ladite autorisation a été révoquée ; — « attendu que le jugement de police constate que l'autorisation accordée... n'a été retirée qu'à la suite d'un procès « en responsabilité, intenté à la ville de Bar-le-Duc par la « Société d'éclairage par le gaz et pour prémunir, au moins « en partie, la ville contre les conséquences pécuniaires « d'un arrêt du Conseil d'Etat..., attendu qu'en prenant « dans ces circonstances l'arrêté... le maire n'a point agi, « soit dans l'intérêt de la voirie, soit dans un intérêt public « et de police, mais dans l'intérêt privé de la commune, et « que, par suite, l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs n'est « pas conforme au but en vue duquel ils lui sont conférés... »

La Cour suprême est très affirmative : elle n'admet aucune exception à la règle d'après laquelle la permission de voirie ne doit jamais être retirée dans un but *financier* ou *privé*, alors même que la commune aurait accordé la permission en violation d'un contrat antérieurement passé et qu'elle devrait subir les conséquences fâcheuses résultant de l'octroi de la deuxième autorisation.

III. — Ici, cependant, la Cour de cassation a, en réalité, dépassé la mesure en méconnaissant *l'esprit* des règles administratives sanctionnées par la théorie du détournement de pouvoir. En effet, les principes de la moralité administrative, qui ne constituent nullement des normes abstraites à caractère invariable, ne sauraient, bien entendu, exiger qu'une commune demeure, d'une façon permanente, dans une situation préjudiciable à ses intérêts, *uniquement* pour satisfaire, à *tout prix*, à la règle généralement appliquée en matière de retrait de permission, alors que cette règle n'a, cependant, que la valeur d'une simple *directive*. La Cour n'a pas vu qu'en ces matières les assouplissements sont inévitables en raison des intérêts mêmes qui y sont engagés.

*Il faut bien se rendre compte que lorsqu'une permission de voirie est engagée dans un complexus d'actes et d'opérations juridiques dont l'interdépendance implique de mutuels réfléchissements, lorsque surtout cette interdépendance a été régulièrement certifiée par autorité de justice, ladite permission affecte un nouveau caractère, du fait même de l'ambiance où elle baigne et dont elle devient tributaire.* Par voie de conséquence, le retrait d'une permission accordée dans ces conditions perd, lui-même, son caractère *propre* et ne doit plus être apprécié qu'en connexion avec tous autres actes juridiques, opérations administratives ou décisions de justice dans lesquels il s'enchaîne, — le cas échéant, avec les contrats dont il a pour but de procurer l'exécution. Juridiquement, il ne s'agit plus tant, dans ces cas, d'un retrait de permission que d'une *mesure particulière* prise par l'administration à l'occasion de l'exécution de contrats administratifs passés avec des entrepreneurs privés dans un intérêt public. On ne comprendrait plus qu'une permission de voirie accordée contrairement à un engagement antérieur de l'administration ne pût être retirée, bien que ce retrait ne fût pas spécialement dicté par des considérations tirées de l'intérêt de la viabilité du domaine. Les principes supérieurs de la bonne administration exigent, eux-mêmes, le retrait de cette permission irrégulièrement

accordée, le recours en indemnité demeurant, par ailleurs, réservé au permissionnaire.

En cette matière, le Conseil d'Etat avait bien mieux compris les exigences particulières de la situation que la Cour de cassation. Par un arrêt du 10 juillet 1896 *Colette* (S. 98.3.93), il déclare que « le maire... a pu, sans excès de pouvoir, rapporter et annuler par l'arrêté attaqué son précédent arrêté... et enjoindre au sieur Colette d'enlever ses appareils, pour assurer l'exécution de la décision du conseil de préfecture... portant que l'établissement de ces appareils constituait une atteinte au droit exclusif concédé par des traités à la Compagnie du gaz... et condamnant, en conséquence, la ville à la réparation de tous les dommages résultant pour cette compagnie de l'entreprise du sieur Colette... ». Dans les arrêts du 27 décembre 1901 *Pécard* S. 02.3.33, et du 6 juin 1902 *Goret*, S. 03.3.65, avec la note de M. Hauriou, le Conseil admet que, lorsque le maintien d'une permission « aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes, ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée », le retrait de la permission doit être considéré comme parfaitement régulier (1).

(1) « Considérant, dit le Conseil, que si, en règle générale, les permissions de voirie, *bien que précaires et révocables*, ne peuvent être retirées lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en font pas une obligation, il en doit être autrement, lorsque, au lieu de concerner de simples particuliers, ces permissions sont accordées *en vue de favoriser des entreprises dont le maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes, ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée*; — considérant que l'arrêté... qui avait accordé au requérant l'autorisation de placer des fils sur les voies publiques municipales pour la distribution de la lumière électrique aux particuliers, a donné lieu, de la part de la dame veuve J., concessionnaire à Bar-le-Duc de l'éclairage au gaz, à une action en dommages-intérêts contre la ville; que... le Conseil d'Etat a reconnu que cette autorisation constituait une atteinte au droit exclusif concédé aux consorts J., et a déclaré la ville de Bar-le-Duc passible de dommages, tant qu'elle n'aurait pas fait cesser la cause du préjudice éprouvé par les concessionnaires du gaz; que, dans ces circonstances, *il était du devoir du maire de se*

M. Romieu, dans ses conclusions ayant précédé l'arrêt *Goret*, donne à ce sujet des précisions intéressantes. Après avoir, d'abord, posé en principe que « la permission de voirie est « un acte émané de l'autorité publique préposée à la garde « du domaine » et qu'elle « ne peut être retirée que dans « l'intérêt de la viabilité, de la circulation, de la sécurité », après avoir, ensuite, reconnu d'une manière expresse que le retrait d'une permission prononcée « dans un intérêt privé « ou dans l'intérêt financier de la commune constitue un « détournement de pouvoir », le commissaire du gouvernement admet nettement l'exception au principe, écartant, sur ce point, la solution de la Cour de cassation. Il insiste sur le fait que « les autorisations délivrées aux électriciens « pour occuper la voie publique en vue d'effectuer un ser- « vice de distribution d'éclairage au public sont des actes « de gestion d'ordre contractuel dont la validité est avant « tout subordonnée aux engagements antérieurs que les « communes ont pu prendre dans les contrats qui les lient « aux compagnies concessionnaires de l'éclairage au gaz ». Reconnaissant aux communes le droit de faire cesser l'effet d'une permission de voirie lorsque celle-ci est déclarée « illi- cite » par le juge, il affirme que le maire est parfaitement en droit de prononcer le retrait de la permission accordée dans ces conditions irrégulières sans s'exposer au risque de voir annuler son arrêté de retrait pour excès de pouvoir, la question d'indemnité étant d'ailleurs réservée.

Il n'y a pas lieu de discuter ici les termes employés par M. Romieu et notamment la définition qu'il donne du caractère du droit appartenant à l'administration sur le domaine public. Il nous suffit de remarquer que l'idée se trouvant à la base de son argumentation répondait parfaitement aux exigences particulières de la situation à régler. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que ce qui justifie le retrait d'une permission de voirie pour des raisons ne se rattachant pas

« conformer aux injonctions de la justice, et qu'il a pu, sans excéder « ses pouvoirs, rapporter par l'arrêté attaqué la permission accordée « aux requérants.... etc. ».

à l'intérêt de la conservation du domaine, de la liberté et de la sécurité de la circulation, c'est le fait qu'en cette matière on se trouve en présence de situations juridiques telles qu'elles n'admettent plus l'appréciation d'actes portant octroi ou retrait de permissions de voirie *indépendamment* des autres données de la situation (V. à ce sujet la note de M. Hauriou sous l'arrêt *Goret*). Les questions qui se posent ici ne se situent plus uniquement dans le plan de la *police*, mais dans celui du *commerce juridique*. D'autre part, ces permissions étant accordées en vue d'un service de distribution au public, les difficultés qu'elles peuvent engendrer doivent être envisagées du seul point de vue de l'intérêt général et du service public qu'elles tendent à faire assurer. Il n'y a plus de place ici pour une thèse qui, comme celle de la jurisprudence judiciaire, perd de vue des éléments importants des situations juridiques particulières à cette matière (1).

Voilà bien l'aspect essentiel de la question, dont les particularités n'ont pas été aperçues par la Cour de cassation et qui n'a été dégagé par le Conseil d'Etat que d'une façon quelque peu imprécise. Voilà bien aussi à quoi se réduit l'exception au principe (si, toutefois, il s'agit là d'une véritable exception) d'après lequel une permission de voirie ne doit pas être retirée dans des buts autres que ceux tirés de l'intérêt de la viabilité du domaine, de la circulation et de la sécurité de la voie publique.

IV. — L'arrêt *Goret* que nous venons de citer prouve que — par une voie détournée, en prenant surtout pré-

(1) Pour les difficultés qui se sont élevées entre les villes et les sociétés concessionnaires de l'éclairage au gaz en ce qui concerne l'éclairage électrique, cf. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 812 et s. La question des concessions de distribution d'énergie électrique est aujourd'hui réglée par la loi du 27 février 1925. Les conditions du retrait des permissions de voirie accordées en vue d'une telle distribution sont celles fixées par les règlements d'administration publique visés à l'article 18 de la loi du 15 juin 1906 (V. à ce sujet Ch. BLAEVOET, *Modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique par la loi du 27 février 1925. Rev. dr. p.*, 1926, p. 53 et s.).

texte de la règle imposant aux administrateurs le respect de la chose jugée (1) — le Conseil d'Etat s'est rapproché des réalités concrètes. Il faut regretter, cependant, qu'avec cette décision l'évolution de sa jurisprudence se soit arrêtée et qu'il ne se soit pas décidé à tirer les conséquences dernières du caractère juridique spécial de la permission de voirie.

Si vraiment cette dernière constitue un service rendu aux particuliers, soit même un *droit réel* de nature administrative concédé, à titre précaire, sur le domaine public, par l'administration en sa qualité de *propriétaire*, et nous n'en doutons pas (2), on ne voit pas pourquoi le *but financier* déterminant les retraits ne devrait pas être reconnu licite d'une façon générale. Il y a, malgré toutes les explications qui ont été données pour justifier cet état de choses (3), une discordance indéniable entre la jurisprudence administrative en matière d'octroi de permissions que l'administration peut, en toute hypothèse, faire dépendre de l'engagement de payer une redevance et les solutions qui se sont établies en

(1) V. la critique de ce procédé dans A. MESTRE, *op. cit.*, *Rev. des conc. dép. et comm.*, 1923, p. 29.

(2) Le point de vue d'après lequel l'administration doit être considérée comme *propriétaire* du domaine public pouvant conférer des *droits réels* sur ce domaine est loin d'être généralement accepté par la doctrine. M. BERTHÉLEMY (*Traité élémentaire de Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., p. 439 et s.), notamment, estime que l'administration ne saurait exercer sur les dépendances du domaine public, qu'il considère comme grevé d'une *indisponibilité réelle*, qu'un simple pouvoir de *police*, tout en attribuant aux redevances perçues à l'occasion de l'octroi de permissions de voirie le caractère d'un *loyer*.

Nous ne pouvons entrer dans un débat qui dépasserait le cadre de notre étude. Nous remarquons seulement que le point de vue que nous adoptons paraît plus conforme à la réalité des choses et que, par ailleurs, il n'y a aucun inconvénient à reconnaître aux situations juridiques dans lesquelles se trouvent les permissionnaires le caractère de *droits réels administratifs*, conférés par l'administration propriétaire du domaine, si l'on prend soin d'éviter ici toute assimilation aux théories correspondantes du droit privé (Cf. sur ces points RIGAUX, *La théorie des droits réels administratifs*, thèse Toulouse, 1914; M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 714 et s.).

(3) Cf. A. MESTRE, *op. cit.*, p. 12 et s.; L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Dalloz, 1924, p. 104 et s.

matière de révocations où ces *buts financiers* sont nettement relégués à l'arrière-plan.

En somme, on ne comprend pas que la permission de voirie puisse changer de caractère selon qu'on l'envisage sous l'angle de la *délivrance* ou du point de vue de sa *révocation*. Si l'on admet que l'administration, lorsqu'elle délivre des permissions, agit, en quelque sorte, comme *propriétaire* du domaine public, lorsqu'elle délivre les permissions, on ne saurait lui contester le droit de veiller, *en tout état de cause*, à ses intérêts de propriétaire pour tirer des droits concédés aux particuliers, dans la mesure compatible avec les exigences de la bonne administration, tous les profits pécuniaires qu'elle peut attendre de ces opérations.

Aussi croyons-nous qu'il est contraire à une saine appréciation des faits de contester, *d'une façon absolue*, à l'administration le droit de retirer une permission de voirie pour relever la redevance primitivement imposée au permissionnaire ou pour établir une redevance qui n'avait pas encore été exigée des intéressés, le tout, bien entendu, sous réserve des droits que le bénéficiaire de la permission aurait pu acquérir en vertu d'un contrat formel passé avec l'administration (1).

Laferrière (*op. cit.*, t. II, p. 551, note 1) estime que si l'administration veut relever ou établir une redevance, elle ne peut user que des moyens en usage pour le recouvrement des impôts indirects et droits assimilés. Il semble qu'il y ait là une confusion entre les *permissions de voirie* constitutifs de droits réels d'une nature particulière et les simples permis de stationnement qui ont seulement le caractère *d'autorisations de police* et restent, en principe, étrangers aux considérations patrimoniales (2). On com-

(1) Les permissions de voirie peuvent évidemment être retirées sans difficulté dans un but pécuniaire lorsque le permissionnaire refuse de payer la redevance qui lui avait été primitivement imposée. C'est là l'application du droit commun.

(2) Remarquons que, dans son intéressante étude intitulée *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Dalloz, 1924, M. L. Tro-



prend que pour ces derniers l'exercice des pouvoirs appartenant à l'administration, qui n'agit ici qu'à titre de *gardienne* du domaine, ne saurait se compliquer de considérations financières ayant une influence déterminante. Ces autorisations de stationnement qui ne modifient pas l'assiette du domaine ne donnent pas lieu à la perception de *loyers*, mais de véritables *taxes*. On conçoit facilement qu'en règle générale le non-paiement d'une taxe ne puisse à lui seul justifier le retrait de l'autorisation. L'administration n'exerce, en effet, son pouvoir que dans l'intérêt du bon ordre et de la liberté de la circulation.

Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de permissions de voirie. Si déjà l'on reconnaît que l'administration doit jouir, pour la délivrance de ces permissions, d'une liberté assez étendue, ce qui, à l'époque dont nous nous occupons, a fait admettre le caractère absolument *discrétionnaire* de ces actes, alors que, marquant bien la distinction, on doit admettre, en principe, que l'administration ne peut refuser *librement* une simple autorisation de police qui, *comme telle*, doit être accordée et maintenue lorsque l'intérêt de la voirie ne s'y oppose pas, on ne voit pas pourquoi on ne lui laisserait pas les coudées plus franches pour ce qui regarde les retraits de *permissions*. Il semble bien que

TABAS écarte toute distinction de fond entre les deux espèces d'autorisations. Il soutient que « le permis de stationnement et la permission « de voirie participent de la même nature juridique » et que « la permission de voirie représente seulement une évolution plus avancée « des utilisations privatives que le permis de stationnement » (*op. cit.*, p. 89). L'auteur qui s'élève, d'ailleurs, contre la conception du *droit réel*, remarque que de l'une à l'autre hypothèse il n'y aurait donc « qu'une différence d'intensité qui résulte du fait de l'emprise » (*op. cit.*, p. 100). Le point de vue qu'il adopte devait logiquement l'amener à repousser (*op. cit.*, p. 97 et s.) la distinction que nous faisons entre la redevance en matière de permissions de voirie et la taxe en matière d'autorisations de stationnement, en attribuant à l'une le caractère de *loyer* et à l'autre le caractère de *taxe*. Pour M. TROTABAS cette différence se réduit simplement au fait que la caisse bénéficiaire des versements des permissionnaires est, dans un cas, celle de l'autorité administrative qui a délivré le permis de stationnement, dans l'autre, la caisse de l'autorité chargée de veiller à la conservation du domaine (*op. cit.*, p. 97).

la raison de la persistance du point de vue quelque peu étroit de la jurisprudence doit être trouvée dans la circonstance que le juge n'a pas toujours su distinguer nettement entre les permissions de voirie et les simples autorisations de police.

Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne la période s'étendant de 1864 à 1905, les conclusions de la jurisprudence en matière de permissions de voirie se ramènent, en définitive, aux règles suivantes : 1° une permission de voirie peut toujours être refusée *pour n'importe quel motif et les motifs de ce refus ne sauraient être discutés par la voie contentieuse* ; 2° en principe, une permission de voirie ne peut être retirée pour des *motis pécuniaires*. Mais alors que cette règle est strictement appliquée par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat y apporte le correctif indispensable en reconnaissant à l'administration le droit de prononcer le retrait d'une permission lorsque celle-ci ne pourrait être maintenue sans porter atteinte à *l'autorité de la chose jugée* ou sans entraîner des charges anormales pour le budget administratif.

Sauf l'évolution qui s'est produite en ce qui concerne la définition du caractère juridique des refus de permissions, les solutions jurisprudentielles n'ont, en général, jamais varié (1). Nous avons indiqué ci-dessus que des correctifs importants s'imposeraient, le juge ne tenant pas suffisamment compte de l'aspect *économique* des problèmes qui se posent en pareille matière.

Rappelons encore, en terminant, que l'événement intéressant de toute cette évolution, c'est que la Cour de cassation est sortie de la réserve généralement observée par elle, qui l'avait amenée à écarter le contrôle du détournement de pouvoir par les tribunaux judiciaires. *Dans des circonstances d'ailleurs favorables*, elle a consenti à faire abstraction de ses scrupules pour pénétrer, semble-t-il, dans le domaine de la *moralité* administrative. Et bien qu'elle l'ait

(1) Voir ci-dessous, p. 284 et s.

fait d'une façon absolument inopportune, il est néanmoins curieux de constater qu'en ce qui concerne les retraits de permissions de voirie, elle a prescrit aux tribunaux d'écarter la sanction pénale prévue par l'article 471 n° 15 du Code pénal dans tous les cas où l'usage que l'auteur du retrait avait fait de ses pouvoirs n'aurait pas eu pour but la *viabilité du domaine public*. Nous verrons, d'ailleurs, plus tard si ces solutions nous autorisent à prétendre que la Cour de cassation s'est ralliée à l'idée du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, qu'en dernière analyse il existe une théorie judiciaire du détournement de pouvoir (1).

(1) Voir ci-dessous p. 365 et s.

## CHAPITRE V

### **L'idée de moralité et le contentieux de la responsabilité de la puissance publique Conclusion**

---

Pour clore les développements du présent Titre, il nous reste à caractériser en quelques mots, sans nous arrêter aux solutions de détail, l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de responsabilité administrative à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

Nous constatons sans peine qu'en cette matière les progrès furent très lents à se réaliser. Car, si les arrêts que nous venons d'analyser démontrent la progression constante de l'idée de moralité administrative dans le domaine du recours en annulation et notamment du détournement de pouvoir, si, disons-nous, le recours pour excès de pouvoir a même puissamment contribué à la moralisation de l'activité administrative en tant qu'elle se réalise par la décision exécutoire, il n'en est pas de même du recours en indemnité qui, mettant en mouvement le contentieux de l'exécution en fait des décisions exécutoires, soulève le grave problème de la responsabilité de l'administration dans l'exercice de ses droits de puissance et le fonctionnement des services publics.

En effet, un coup d'œil rapide sur l'ensemble de la jurisprudence révèle tout de suite qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle la théorie de la responsabilité administrative ne s'était encore développée que d'une façon timide, hors les cas où cette responsabilité était reconnue par des dispositions légis-

latives. C'était bien naturel : le contrôle objectif des décisions exécutoires ne risque pas d'aligner l'administration avec les administrés au droit commun du commerce juridique, puisque l'annulation, pour excès de pouvoir, des actes administratifs n'est pas prononcée au profit des particuliers requérants, mais exclusivement dans l'intérêt supérieur d'une bonne administration ; il n'en est pas de même du contentieux subjectif de la responsabilité : on dut donc éprouver plus de peine à lui accorder droit de cité dans le contentieux administratif.

Sans doute, n'allait-on pas jusqu'à écarter d'emblée la responsabilité pour les mesures de moindre importance qui, n'étant pas considérées comme des manifestations de la puissance publique proprement dites, ne pouvaient légitimement bénéficier de la même immunité. C'étaient, notamment, toutes les opérations administratives auxquelles, pour les besoins de la cause, on avait faussement attribué le caractère d'*actes de gestion*. De plus, nous avons déjà vu que, pour l'opération de travaux publics, de beaucoup la plus importante de toutes les opérations administratives, il avait toujours existé un régime de faveur qui la faisait tomber, dès l'origine, sous l'application d'un principe de responsabilité plus ou moins éloigné de l'idée de moralité.

Mais tout cela ne fournit encore qu'un ensemble bien fragmentaire. Si l'on fait abstraction de quelques décisions isolées intervenues dans des matières spéciales (1), on peut affirmer que ce n'est qu'après 1900 que le Conseil d'Etat admit *ouvertement* la responsabilité de la puissance publique pour faute commise dans l'exécution d'un service public. Jusque-là sa jurisprudence est surtout caractérisée par la formule tranchante qu'en 1899 encore nous relevons dans la décision *Lépreux* du 13 janvier 1899 (2), où il est dit « qu'il est de principe que l'Etat n'est pas, en tant que

(1) V. à ce sujet la note de M. HAURIOU sous Cons. d'Et. 10 et 17 février 1905 *Tomaso Greco, Auzerre*, S. 05.3.113.

(2) S. 00.3.1. et la note de M. HAURIOU.

« *puissance publique*, et notamment en ce qui touche les  
« *mesures de police, responsable de la négligence de ses*  
« *agents* » (1).

\*  
\*\*

Retenons donc de tout ce qui précède que, au cours de la période que nous venons de parcourir, le principe du contrôle de la moralité administrative n'avait pu se réaliser pleinement et d'une façon systématique que dans le domaine du *recours pour excès de pouvoir* qui, même en dehors du chef de *détournement de pouvoir*, expression type du contrôle de la moralité proprement dite, fut considéré, dès le début, non pas tant comme une voie de droit destinée à sanctionner le principe de la *légalité* au sens propre de ce mot, que comme un moyen tendant à imposer à l'administration, trop souvent oublieuse des devoirs découlant de son caractère institutionnel, le respect de certaines *règles de discipline*.

Nous avons vu, d'ailleurs, que ce contrôle s'est réalisé en dehors de toute préoccupation qui aurait pu viser l'organisation d'un contrôle contentieux de l'*opportunité* des décisions administratives, contrairement à l'esprit de notre droit public.

---

(1) Les indications sommaires données au texte seront quelque peu complétées au Chapitre VI du Titre III ci-dessous (p. 390 et s.).

## TITRE III

### LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE DE 1905 A NOS JOURS

---

#### L'effort de la jurisprudence à partir de 1905

---

##### I. Généralités. — II. Plan.

I. — Les jalons posés au cours de la période que nous venons d'étudier et notamment les progrès intéressants du contrôle du détournement de pouvoir ont grandement facilité les efforts poursuivis par le juge depuis 1905.

C'est à partir de cette date que s'élargissent les ouvertures au recours pour excès de pouvoir dont les applications présenteront, de ce fait, un intérêt toujours grandissant. La condition supplémentaire de la *violation des droits acquis*, toujours exigée au cours de la période antérieure pour la recevabilité du recours pour violation de la loi, n'est plus indispensable. Ce progrès se trouve définitivement réalisé dans les arrêts *Alcindor et autres* du 1<sup>er</sup> juin 1906 (S. 08. 3. 138). La sanction du principe de légalité apparaît donc comme plus fermement assurée.

En même temps, le contrôle de la *moralité administrative* reçoit des applications nouvelles parmi lesquelles nous aurons à relever, dans un chapitre spécial, les décisions jurisprudentielles intervenues dans la matière des *manifestations extérieures du culte*. D'autre part, et dans un ordre d'idées parallèle, le Conseil d'Etat prend définitivement conscience de la nécessité d'une large théorie de la *responsabilité administrative*, pénétrée des idées de moralité qui

ont su s'affirmer avec force dans le domaine du recours objectif en annulation. De plus, le juge administratif se préoccupe activement de trouver les moyens susceptibles d'assurer autant que possible le respect de ses décisions par l'administration active, tout en évitant de sortir de la sphère de ses attributions.

L'année 1907, enfin, marque une date importante dans l'histoire du recours pour excès de pouvoir et, plus spécialement, du contrôle juridictionnel de la moralité administrative. C'est à partir de cette date que le juge administratif pénètre plus avant dans l'examen des motifs des actes administratifs en admettant, pour la première fois, le contrôle de l'*erreur de fait* proprement dite, qui, comme nous le verrons, se rattache par certains de ses traits au contrôle du détournement de pouvoir.

Cette évolution s'est faite à la suite d'une conception plus large du droit, et non pas essentiellement parce que le juge a voulu rapprocher le contrôle de l'excès de pouvoir du plein contentieux et en faire, pour ainsi dire, un débat entre parties (1).

Mais, si louables qu'aient été les efforts poursuivis par le juge administratif, il convient de reconnaître que, d'un autre côté, la Cour de cassation, pas plus que dans la période précédente, n'a guère secondé l'œuvre féconde entreprise par le Conseil d'Etat, bien qu'une conception un peu plus large du rôle du juge judiciaire en matière d'appréciation de la valeur juridique des actes administratifs et un point de vue plus conforme à la réalité des choses, en ce qui concerne la discrimination des questions de droit et des questions de fait, eût pu l'amener à élargir les bases de son contrôle sans risquer de porter atteinte au principe, si souvent invoqué, de la *séparation des autorités administrative et judiciaire*. L'*exception d'illégalité* est, en effet, toujours comprise d'une façon bien stricte.

(1) Comp. M. HAUR.OU, *op. cit.* 11<sup>e</sup> éd., p. 376 et s.; A. Bosc, *Recours collectifs*, *Rev. dr. p.*, 1927, not., p. 385.



La Cour de cassation n'estime pas qu'il puisse rentrer dans les attributions de l'autorité judiciaire d'apprécier spécialement les motifs d'une décision administrative et le but poursuivi par l'auteur d'une pareille décision. Se cabrant, pour ainsi dire, devant l'évidence, elle persiste à négliger le fait, pourtant bien simple, que rien, dans notre législation, ne s'oppose à ce que les tribunaux judiciaires refusent de sanctionner, par les peines portées par l'article 471 n° 15 du Code pénal, non seulement les actes illégaux reconnus comme tels, mais même les actes qui, bien que corrects par leur objet, sont viciés dans leur but. Certains arrêts récents dans lesquels il est, néanmoins, fait état du but des décisions administratives entreprises pour illégalité ne sont pas, à notre avis, de nature à infirmer ces conclusions. Nous aurons encore à nous expliquer à ce sujet.

Les divergences entre les solutions de la jurisprudence administrative et celles de la jurisprudence judiciaire apparaîtront donc, par la suite, avec d'autant plus de netteté que le Conseil d'Etat suit avec fermeté les directions déjà adoptées à la fin de la période précédente, sans hésiter à trancher dans le vif par des décisions toujours plus hardies, bien que, dans certains cas, où le haut tribunal administratif évite de se prononcer d'une façon absolument claire, on puisse avoir quelque raison de croire à un arrêt momentané ou même à une régression de sa jurisprudence par ailleurs si libérale.

II. — Dans les lignes qui vont suivre nous étudierons dans divers chapitres :

1) l'évolution de la jurisprudence administrative en matière de *détournement de pouvoir*, ce qui nous amènera à insister également sur certaines solutions récentes, données par le Conseil d'Etat au problème de la *compétence matérielle* des administrations locales ainsi que sur la disparition de la théorie de l'*acte discrétionnaire* ;

2) la jurisprudence administrative en matière de *manifestations extérieures du culte* ;

3) les solutions données par le juge de l'excès de pouvoir dans le domaine du contrôle de l'*erreur de fait* et de la *compétence technique* de l'administration ;

4) les *solutions judiciaires* intervenues depuis 1905 à l'occasion desquelles nous ferons une critique d'ensemble de l'attitude de la Cour de cassation ;

5) certains *moyens subsidiaires* employés par le juge de l'excès de pouvoir pour assurer la moralité dans le fonctionnement de l'administration ;

6) l'évolution générale de l'idée de moralité dans le domaine de la *responsabilité de la puissance publique*.

---

## CHAPITRE PREMIER

### **Développement du contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir et de l'incompétence « *ratione materiae* » Disparition de la théorie de l'acte discrétionnaire**

---

L'examen des solutions jurisprudentielles intervenues pendant la période qui fait actuellement l'objet de notre étude révèle, en premier lieu, que le Conseil d'Etat confirme et précise les résultats déjà acquis précédemment, en pénétrant notamment de plus en plus dans les *motifs* même des décisions qui lui sont déférées. C'est au cours de cette époque que le juge insiste également sur le *critérium général* du détournement de pouvoir.

La division du présent chapitre résulte du titre même que nous venons d'énoncer.

Dans une première section nous passerons en revue quelques décisions intéressantes de la jurisprudence administrative en matière de détournement de pouvoir. Une deuxième section sera consacrée à l'évolution de la jurisprudence relative aux interventions des administrations locales dans le domaine économique. Nous insisterons, ensuite, dans une troisième section sur certains arrêts qui consacrent la disparition progressive de l'acte discrétionnaire et nous indiquerons, enfin, dans une dernière section, comment le contrôle de la légalité proprement dite s'est développé sous l'influence du contrôle du détournement de pouvoir.

## SECTION I

## L'évolution du contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir

§ 1<sup>er</sup>. — *Formule définitive et critérium général du détournement de pouvoir*

C'est, surtout, à propos de décisions relatives à des mesures de licenciement ou disciplinaires prises à l'égard d'agents administratifs que le Conseil d'Etat a fixé la formule définitive servant de critérium pour la censure du détournement de pouvoir.

Dans l'arrêt *Moreau* du 7 juillet 1916 il déclare, notamment, qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier que la commission administrative des hospices civils de Sens, qui avait mis à la retraite un médecin en service dans un de ces hospices et atteint par la limite d'âge fixée par un nouveau règlement, « ait agi dans un *but autre que la sauvegarde de l'intérêt général et le bon fonctionnement du service* ».

Le critérium du détournement de pouvoir ressort nettement des termes mêmes employés dans l'arrêt. Il est donc bien entendu que, pour rester dans les limites déterminées par les règles de la bonne administration, l'autorité administrative doit à la fois agir dans l'*intérêt général*, but essentiel et primordial de toute activité administrative, et tendre vers la *fin spéciale* découlant directement de la fonction déterminée mise en œuvre dans chaque cas concret. Ce sont ces deux idées de la *spécialité de l'institution administrative* considérée dans son ensemble et de la *spécialité des fonctions* correspondant au service particulier devant être assuré dans chaque cas par l'agent administratif, qui fournissent les bases pour la fixation des limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, au-delà desquelles l'action de la puissance publique apparaîtra comme entachée de *détournement de pouvoir*. Le *but de service*, voilà bien

l'élément sur lequel repose toute la théorie et duquel le juge de l'excès de pouvoir a tiré ses directives propres et concrètes pour la réalisation pratique de ce que nous appelons le contrôle juridictionnel de la moralité administrative.

Cette idée de but de service se retrouve dans un grand nombre d'arrêts qui n'écartent la censure des décisions administratives attaquées pour excès de pouvoir qu'après avoir constaté formellement que les mesures en question avaient été prises *dans l'intérêt du service* (1).

Voyons, maintenant, quels ont été, de 1905 à nos jours, les cas d'application les plus intéressants du contrôle contentieux de la moralité administrative.

## § 2. — Solutions essentielles données par le Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir (2)

Pour éviter une énumération trop longue et plus ou moins fastidieuse, nous nous limiterons à un exposé des catégories les plus représentatives du détournement de pouvoir. Des cas particuliers de détournement de pouvoir seront, d'ailleurs, traités ultérieurement au paragraphe 3 ci-dessous.

### I. Animosité personnelle et esprit de parti

Nous rencontrons, tout d'abord, des arrêts qui annulent pour excès de pouvoir des arrêtés municipaux inspirés par la *passion politique* et l'*esprit de parti* ou l'*animosité* contre certaines personnes, fonctionnaires, employés et groupements (3).

(1) Cf. not. Cons. d'Et. 19 janvier 1917 *Brémond*; 7 février 1919 *Cazade*; 30 janvier 1920 *Dame Barrachin*.

(2) V. ALIBERT, *op. cit.*, p. 238 et s.

(3) Cf. Cons. d'Et. 4 août 1905 *Lespinasse* (exclusion d'un fournisseur des adjudications du ministère de la Guerre sous prétexte que ce fournisseur s'était permis de critiquer la gestion financière du gouvernement); 14 janvier 1910 *Rigal* (suspension d'un garde champêtre); 22 novembre 1907 *La Fraternelle de Beuzeville*; V. égal. Cons. d'Et. 15 juin 1928 *Ferry* (annulation d'une décision du sous-secrétaire d'Etat des Ré-

a) C'est ainsi que par arrêt du 5 juillet 1918 *Société la Cécilienne* le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté d'un maire qui, à plusieurs reprises, avait refusé à une société musicale l'autorisation de sortir sur la voie publique, alors cependant qu'aux mêmes époques, l'autorisation avait été accordée à une musique rivale. Les circonstances de l'affaire ne laissent subsister aucun doute sur l'existence du détournement de pouvoir (1).

Un arrêt du 18 novembre 1921 *Société l'Etoile de Saint-Hilaire* censure deux arrêtés d'un maire, qui, dans le but d'exercer des représailles à l'égard d'une société de gymnastique, laquelle s'était opposée à la fusion avec une autre société existant dans la commune, avait refusé à ladite société l'autorisation de défilier avec fanfare sur la voie publique.

Le Conseil d'Etat, après avoir constaté qu'il résultait de la délibération du conseil municipal rapprochée des délibérations précédentes du même conseil « que le refus opposé « à la demande de la société requérante n'était justifié, en « réalité, par aucun motif tiré de la nécessité du maintien « de l'ordre public et avait *pour but de favoriser une « société rivale* », annule pour excès de pouvoir.

L'arrêt mérite d'être retenu parce que le juge indique nettement, dans sa formule, le but réel visé par le maire. C'est encore là un exemple de plus des procédés fréquemment suivis par le juge de l'excès de pouvoir dans les cas où, la mesure administrative incriminée par les intéressés se présentant par elle-même avec toutes les apparences de la régularité, la recherche du but réel poursuivi par l'auteur de l'acte s'impose pour la censure du détournement de pouvoir.

gions libérées affectant un fonctionnaire, chef du bureau des prestations en nature, à un service dans lequel ce fonctionnaire ne pouvait être pourvu d'un emploi correspondant à son grade, étant donné qu'aucun des postes de chef de bureau ne se trouvait vacant dans ce service et que, par ailleurs, des bureaux du ministère étaient sans titulaires dans d'autres services).

(1) Cf. également arrêt du même jour *sieur Leclerc et autres*.

b) Dans l'arrêt *Gonot* du 21 janvier 1910 (S. 10.3.36 avec les conclusions de M. Saint-Paul), annulant l'arrêté d'un maire qui avait interdit la pose, dans le cimetière de la commune, « de toutes croix revêtant le caractère d'em-  
« blèmes religieux », le Conseil d'Etat précise que « les  
« pouvoirs de police conférés aux maires par l'art. 97 de  
« la loi du 5 avril 1884 ne s'appliquent qu'aux mesures  
« ordonnées dans l'intérêt de la sécurité, de la salubrité,  
« de la tranquillité publiques ou pour le maintien du bon  
« ordre et de la décence dans le cimetière ; s'il appartient  
« au maire de déterminer les dimensions et les hauteurs  
« des monuments funèbres, il ne peut le faire qu'en vue de  
« sauvegarder l'un des intérêts ci-dessus spécifiés » ; comme il apparaissait, d'après les circonstances de la cause, que le maire avait surtout voulu assurer la neutralité du lieu de sépulture alors que le concessionnaire est absolument libre de donner à celle-ci un caractère nettement religieux, le Conseil d'Etat annula pour excès de pouvoir.

Dans cet ordre d'idées, il convient également de signaler l'arrêt *Niveleau et autres* du 25 novembre 1921 (S. 23.3.17 avec les conclusions de M. Corneille et la note de M. Hauriou).

Le maire de la commune de Vauchrétien avait refusé d'accorder une concession collective, dans le cimetière de la commune, à un groupe d'habitants qui voulaient ériger un monument religieux à l'emplacement où ils se proposaient de faire inhumer les restes de leurs proches, morts à l'ennemi.

L'arrêt rendu sur recours des intéressés contre ce refus est remarquable par le fait que les circonstances de l'affaire démontraient nettement que les requérants avaient l'intention, comme le fait observer très justement M. Hauriou dans sa note, de détourner la procédure des demandes de concession de son but régulier pour honorer, d'une façon toute particulière, par l'érection d'un monument à caractère religieux la mémoire des membres de la famille morts sur le champ de bataille alors que, dans la commune, il existait

déjà un monument neutre aux morts de la guerre. Or, dans notre espèce et en l'absence de tout texte contraire, la liberté de l'entreprise collective dont les requérants avaient pris l'initiative ne pouvait être restreinte que pour la sauvegarde indispensable de l'ordre public et les nécessités du bon aménagement du cimetière. Il ne pouvait appartenir au maire de s'abstenir de faire droit à la demande des intéressés pour des motifs étrangers aux intérêts qui viennent d'être indiqués, motifs apparemment dictés par des considérations d'intolérance religieuse.

« La liberté de l'entreprise collective, dit M. Hauriou, « n'est aucunement astreinte à se servir de formes juridiques déterminées, il lui est loisible d'user de toutes les « institutions du droit commun propres à lui procurer son « résultat ; l'entreprise collective religieuse jouit, en principe, de cette même liberté juridique. Si un monument « religieux dans un cimetière ne peut être réalisé que sous « le couvert de la législation des concessions perpétuelles et « par la pratique des demandes collectives de concessions, « on doit respecter cette démarche, pour oblique qu'elle « paraisse, parce que c'est la démarche d'une liberté... En « somme, un administrateur commet un détournement de « pouvoir lorsqu'il s'oppose au jeu d'une liberté individuelle, sous prétexte que les citoyens, pour réaliser leur « entreprise, ont usé d'une procédure juridique qui lui « paraît détournée de son emploi habituel ; sous le régime « de la liberté moderne, non seulement ce qui n'est pas « défendu par la loi est permis, mais même toute procédure « juridique, licite en soi, peut être librement employée pour « réaliser ce qui n'est pas défendu par la loi ; il n'y a point « à reprocher aux citoyens de délit de procédure, pour « l'usage de leur liberté ».

Nous avons déjà vu, à propos de l'examen de l'arrêt *Lalagüe* (V. ci-dessus, p. 183), qu'il n'en est pas de même en ce qui concerne les procédures employées par l'administration; celles-ci tombent sous l'application stricte de la règle de la *spécialité des procédures* administratives à laquelle le Con-



seil d'Etat n'admet aucune dérogation. C'est là encore un fait qui démontre que l'étendue d'application de la théorie de *l'abus du droit*, entendue au sens d'une théorie du détournement des droits privés, ne pourra, par la force même des choses, jamais atteindre l'importance de celle de la théorie du détournement de pouvoir en droit administratif.

L'arrêt du Conseil d'Etat caractérise d'ailleurs les efforts de la jurisprudence administrative tendant à établir constamment de nouvelles directives pour limiter, dans un but évident de moralité, les entreprises du pouvoir administratif. En voici le texte: « Considérant, dit le Conseil, que le « maire de Vauchrétien a été saisi par un certain nombre « d'habitants de la commune d'une demande tendant à « obtenir la concession à titre onéreux d'un terrain par eux « désigné dans le cimetière, en vue d'y élever un monu- « ment religieux destiné à l'inhumation des membres de « leurs familles morts à l'ennemi ; — considérant que, s'il « appartient aux maires de statuer sur les demandes de « concessions à titre onéreux, et s'ils sont investis du droit de « police dans les cimetières, le maire de Vauchrétien n'a pu « se fonder sur des préoccupations étrangères au but en vue « duquel les pouvoirs qu'il tient de l'art. 16 du décret du « 23 prairial an 12, et de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, « lui ont été conférés pour refuser d'examiner la demande « qui lui était adressée, qu'ainsi, la décision attaquée est « entachée d'excès de pouvoir et quelle doit, dès lors, être « annulée..., etc. »

On voit dans quel sens le Conseil d'Etat entend, aujourd'hui, la *police des cimetières*. Il n'est pas douteux que notre arrêt, en indiquant une limite qui, vraisemblablement, n'aurait jamais été aperçue aussi clairement auparavant, a fourni un élément précieux pour une définition plus précise des diverses facultés impliquées dans l'exercice des pouvoirs de police appartenant aux autorités locales.

Le Conseil d'Etat a, d'ailleurs, confirmé son point de vue

dans une décision du 27 avril 1923 *Trottereau, Berthelot et autres*, intervenue dans des circonstances analogues.

Il est à remarquer, au surplus, que, sans fixer dans sa formule le but réel ayant pu inspirer le refus opposé par l'autorité administrative et sans même se prononcer sur les buts *concrets* susceptibles de justifier l'intervention administrative en matière de police des cimetières, le Conseil d'Etat se borne à déclarer brièvement, marquant ainsi le caractère essentiellement *disciplinaire* du contrôle de l'excès de pouvoir, que « le maire n'a pu se fonder sur des préoccupations « étrangères au but en vue duquel les pouvoirs qu'il tient « de l'art. 16 du décret du 23 prairial an 12 et de l'art. 97 « de la loi du 5 avril 1884 lui ont été conférés pour refuser « d'examiner la demande qui lui était adressée ».

Mentionnons encore, dans cet ordre d'idées, que dans un arrêt du 19 novembre 1926 *Gervais (Rev. dr. p., 1927, p. 225, avec les conclusions de M. Cahen-Salvador)*, le Conseil d'Etat, apportant une précision de plus aux pouvoirs de police de l'autorité locale, sans toutefois résoudre la question dans son ensemble, reconnaît au maire le droit de s'opposer à ce que, dans un but absolument étranger à la *destination normale* des cimetières, certaines familles élèvent un monument à caractère religieux pour y inscrire les noms de tous les habitants de la commune morts au champ d'honneur, en dehors de tout accord avec les autres familles intéressées.

En définitive, le droit des concessionnaires de terrains de sépulture aura pour limite la *destination particulière* du cimetière et le respect de la *liberté de conscience* et des croyances d'autrui imposé par la loi du 14 novembre 1881 sur la *neutralité* des cimetières. Mais en deçà de cette limite la liberté des intéressés est entière et il ne saurait leur être reproché, sous ce rapport, aucun abus de leur droit alors même qu'ils profiteraient de cette liberté pour se livrer, *par une voie oblique*, à des manifestations non équivoques d'ordre confessionnel. Un maire qui s'oppose à l'exercice légitime de ce droit commet un détournement de pouvoir caractérisé.

## II. Les buts d'intérêt privé, d'ordre fiscal et pécuniaire

Le principe qui tend à interdire aux administrateurs de faire usage de leurs pouvoirs de police dans un *intérêt privé* ou même d'ordre *fiscal et pécuniaire* a été confirmé, soit expressément, soit implicitement, par un grand nombre d'arrêts. Nous rencontrons des solutions variées comportant ou impliquant censure de décisions administratives réglant des barrages en rivière, des prises d'eau (1), la circulation et les quêtes (2) sur la voie publique, la vente de denrées (3), la tenue des baigneurs dans les bains de mer (4), etc., dans un intérêt privé, en vue de la création de monopoles, soit dans un but exclusivement fiscal. Dans les lignes qui vont suivre, nous allons rendre compte de quelques-uns de ces arrêts.

a) Dans un arrêt du 6 février 1914 *dame veuve Barbarin*, le Conseil d'Etat censure l'attitude d'un maire qui avait imposé au concessionnaire d'une sépulture certaines restrictions en vue de la protection d'une concession voisine.

b) Un arrêt rendu en 1917 (Cons. d'Et. 8 juin 1917 *Ville de Cannes c. Rabé* S. 20.3.1, avec la note de M. Hauriou) affirme une fois de plus que la police de la circulation, devant être exercée uniquement en vue de la sauvegarde de l'ordre et de la sécurité publique, ne saurait tendre, en

(1) V. not. Cons. d'Et. 30 novembre 1905 *Bouisson*; Cf. Cons. d'Et., 11 juin 1909 *Colman*.

(2) Cons. d'Et. 4 mai 1928 *Beau et autres* (S. 28.3.104). Annulation d'un arrêté de maire ayant réservé, d'une manière absolue, à une seule société l'autorisation de quêter sur la voie publique.

(3) Le principe posé dans l'arrêt *Trotin* du 21 décembre 1900 pour la vente du poisson par l'intermédiaire des facteurs de la halle se retrouve, notamment, dans l'arrêt *Syndicat des armateurs à la pêche de Dieppe et du Tréport* du 6 février 1925. Par arrêt du 13 janvier 1928 *Taris* (D. hebd. 28. 139), le Conseil d'Etat annule l'arrêté d'un maire dans celles de ses dispositions qui avaient prescrit la présentation et la mise en vente, au marché en gros, de toutes les viandes foraines introduites sur le territoire de la commune en quête d'acheteurs et destinées à être vendues en gros et demi-gros.

(4) Cf. Cons. d'Et. 4 juillet 1924 *Beaugé*, *Gaz. Pal.*, 24. 2. 236.

dehors de tout motif de cette nature, à favoriser des entreprises privées.

En l'espèce, le Conseil d'Etat annule un arrêté du maire de Cannes qui, à l'instigation d'une corporation de propriétaires de taxis-autos, avait refusé au requérant la délivrance d'un numéro de voiture de place, refus ayant eu pour but de sauvegarder les intérêts du syndicat des propriétaires.

Dans sa note sous cet arrêt, M. Hauriou fait remarquer : 1° que « la police municipale ne peut pas organiser en corporations les industries qui touchent à la circulation sur la voie publique, sans des raisons d'ordre public d'absolue nécessité », 2° qu'elle « ne peut procéder à de pareilles organisations *par voie détournée*, mais qu'elle doit le faire directement et franchement, par un règlement de principe, qui puisse être attaqué au contentieux... ». « La municipalité de la ville de Cannes, poursuit M. Hauriou, n'avait observé ni l'une ni l'autre de ces deux conditions ; d'autre part, il ne pouvait pas être d'une absolue nécessité pour l'ordre public de limiter le nombre des voitures de place et d'en ériger l'entreprise en une sorte d'office public ; d'autre part, l'organisation des patrons cochers en corporation municipale avait été le résultat de mesures *obliques* ; elle provenait de ce que les industriels s'étaient eux-mêmes syndiqués, et de ce que la municipalité obéissait à leurs suggestions pour refuser d'autoriser de nouvelles voitures. C'était une corporation de fait, une corporation honteuse, dont le Conseil d'Etat ne pouvait admettre l'existence juridique ».

L'arrêt du Conseil d'Etat, qui est très bref et ne contient d'ailleurs aucune indication sur la régularité de la création de corporations municipales, est ainsi conçu : « Considérant, dit le Conseil, qu'il résulte de l'instruction que les restrictions édictées par le maire de Cannes pour la mise en service des voitures de place, à la suite des délibérations du conseil municipal..., ont été inspirées par des intérêts autres que celui du *bon ordre* et de la *circulation*, le sieur Rabé est fondé à soutenir qu'en lui faisant application de

« ces mesures, et en refusant de lui délivrer un numéro de  
 « voiture de place pour la voiture automobile dont il est  
 « propriétaire, le maire de la ville de Cannes s'est servi des  
 « pouvoirs qu'il tient de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884  
 « dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été  
 « conférés... » (1).

Il est intéressant de constater que, dans un arrêt du 8 août 1921 *sieur Rabé* le Conseil d'Etat, appelé à statuer sur la régularité d'une mesure prise par le maire de la ville de Nice refusant de délivrer au requérant un numéro lui donnant droit de faire stationner une voiture de place sur la voie publique, a donné une solution contraire à celle de l'arrêt mentionné ci-dessus. Le juge déclare « qu'il ne résulte  
 « pas de l'instruction que les restrictions édictées par le  
 « maire de Nice pour la mise en service des voitures de place  
 « aient été inspirées par des intérêts autres que celui du  
 « bon ordre et de la circulation ».

Les circonstances de l'affaire ne se présentaient, sans doute, pas de la même façon que celles de l'espèce rapportée ci-dessus. Néanmoins, on ne peut pas ne pas être frappé des nuances qui différencient les solutions données par le juge dans les deux espèces. Elles indiquent bien l'extrême prudence et l'attitude réservée qu'observe toujours le juge de l'excès de pouvoir à l'occasion de la censure de l'*immoralité* administrative où tout se ramène, en somme, au délicat problème de la création de directives jurisprudentielles suffisamment souples pour s'adapter aux exigences de la répression du détournement de pouvoir en même temps qu'à celles des prérogatives indispensables du pouvoir administratif.

(1) V. une affaire analogue analysée dans le journal *Le Temps* du 4 mars 1928 : La Compagnie pyrénéenne de transports avait demandé au maire de Bayonne l'autorisation de faire circuler dans cette ville un certain nombre de taxis-autos. Le maire refusa l'autorisation. Le Conseil d'Etat déclare ce refus entaché d'illégalité étant donné qu'il avait été inspiré par des intérêts autres que ceux de la *sécurité* et de la *commodité de la circulation* sur les voies publiques. En effet, le refus était intervenu à la suite d'une démarche des propriétaires de taxis de Bayonne. Les circonstances de l'affaire faisaient ainsi apparaître qu'il avait été inspiré par la préoccupation de favoriser des intérêts privés.

c) Des cas d'abus flagrants ont été jugés par le Conseil d'Etat dans les deux affaires *Froment* et *Tarau* des 29 décembre 1922 et 15 décembre 1926.

Dans la première affaire, le Conseil fut appelé à statuer sur la régularité d'un arrêté municipal interdisant l'organisation de bals publics chez les débitants de boissons de la commune. Nul doute que le dispositif de cette décision présentait, par lui-même, toutes les apparences de la régularité puisqu'il peut toujours appartenir au maire d'interdire les bals publics en vertu de son pouvoir de police. Il résultait, cependant, des termes mêmes de l'arrêté attaqué que le maire avait voulu favoriser un entrepreneur de bals forains, au détriment d'autres commerçants de la commune. Dans ces conditions, le juge ne put qu'annuler pour détournement de pouvoir, attendu que le maire avait usé irrégulièrement des pouvoirs qu'il tenait de l'art. 97 de la loi municipale.

Dans la seconde affaire, le recours était dirigé contre une mesure interdisant au requérant de donner des représentations cinématographiques les dimanches et jours de fête. Le Conseil d'Etat, considérant que l'arrêté municipal avait été pris non pas en vue de sauvegarder les intérêts de la police municipale, mais dans le but de donner satisfaction aux débitants de boissons concurrencés par l'entreprise du requérant, annula pour excès de pouvoir.

Nous remarquons que les deux affaires que nous venons de mentionner représentent des cas classiques de détournement de pouvoir.

d) L'arrêt *Colomb* du 30 janvier 1914 sanctionne le principe qui fait défense à l'administration d'intervenir, par l'exercice du pouvoir de police qui lui appartient sur les cours d'eau en vue d'assurer le libre écoulement des eaux, dans un but exclusivement pécuniaire ou patrimonial. « Considérant, dit le Conseil, que si l'arrêté par lequel le « préfet du département... a ordonné la démolition des vestiges du barrage de prise d'eau du moulin... indique que « cet ancien ouvrage nuit au libre écoulement des eaux, il

« résulte des pièces du dossier que la mesure a été prise  
 « *principalement* dans l'intérêt de la conservation d'un  
 « pont récemment construit pour desservir une route départe-  
 « mentale ; — considérant, d'autre part, que le requérant  
 « justifie que l'ancien barrage faisait partie d'une usine  
 « ayant une existence légale ; que, dans ces conditions, la  
 « suppression de l'ouvrage, motivée par un intérêt *autre*  
 « *que celui d'assurer la salubrité publique et de prévenir*  
 « *les inondations*, ne pouvait être poursuivie... que moyen-  
 « nant *indemnité* ; que, dès lors, l'arrêté attaqué, en vertu  
 « duquel les frais de démolition sont mis à la charge du  
 « sieur Colomb et les droits de ce dernier à indemnité ne  
 « sont pas réservés, est entaché d'excès de pouvoir... ».

Il y a donc excès de pouvoir, de la part d'une autorité administrative, à assurer la protection d'un ouvrage public par l'exercice de la police des cours d'eau ; par ailleurs, les mesures tendant à une protection de ce genre doivent, lorsqu'elles touchent aux droits des particuliers, conserver, en toute circonstance, un caractère patrimonial qui, le cas échéant, pourra engager la responsabilité pécuniaire de l'Etat.

### III. Empiètement sur la compétence de l'autorité judiciaire — Gestion du domaine privé par des mesures de police

A plusieurs reprises, le juge de l'excès de pouvoir dut insister sur le fait qu'il ne saurait appartenir à un agent de l'administration d'intervenir, par son pouvoir de police, soit pour régler des questions ressortissant exclusivement à la compétence des tribunaux judiciaires, soit pour s'immiscer directement dans des litiges.

a) Il a été décidé, notamment, qu'un maire ne saurait déterminer par un arrêté de police les limites de terrains concédés dans les cimetières sans empiéter, par le fait même, sur un domaine réservé aux tribunaux civils, et que, d'une

façon générale, il n'appartenait pas au maire d'assurer par des *moyens de police* la *protection du domaine* (1).

b) Il a été jugé, en outre, qu'un maire qui avait ordonné la fermeture d'une église, sous prétexte d'empêcher des désordres, s'était rendu coupable d'un excès de pouvoir, l'arrêté ayant été pris, en réalité, pour faire obstacle à l'exécution d'une ordonnance de référé (2).

Tous ces cas constituent, d'ailleurs, plutôt des cas de violation de la loi de compétence qu'un détournement de pouvoir au sens propre de ce mot.

#### IV. Attitude réservée de la jurisprudence

a) La réserve observée par le Conseil d'Etat dans l'exercice du contrôle du détournement de pouvoir s'affirme d'une façon particulière dans l'arrêt *Compagnie des omnibus et tramways de Lyon* du 6 mai 1921 (*Rev. dr. p.*, 1921, p. 520 avec les concl. de M. Corneille).

Il s'agissait, en l'espèce, de l'appréciation de la régularité d'un arrêté préfectoral qui, pendant la guerre, avait soumis l'apposition d'affiches à l'intérieur des voitures de la Compagnie des tramways de Lyon à des restrictions importantes. La mesure attaquée était intervenue à la suite de critiques et de protestations violentes soulevées par le fait qu'une firme étrangère, qu'on prétendait plus ou moins hostile à la cause française, pût bénéficier des avantages de l'affichage dans les tramways d'une ville française. Dans ces conditions, il était permis de supposer que le préfet avait fait usage des pouvoirs qui lui appartenaient en vue d'assurer la commodité des voyageurs dans un but étranger à ces intérêts de police. Toutefois, il y avait également des

(1) Cons. d'Et. 6 février 1914 *Dame veuve Barbarin*; 22 mai 1914 *Legras*; 23 mai 1928 *Vieuille* D. hebdomadaire 1928, p. 387 (annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté municipal qui avait enjoint au desservant d'enlever des étiquettes apposées sur les bancs de l'église au nom de différentes personnes).

(2) Cons. d'Et. 8 février 1908 *abbé Déliard*.



raisons d'admettre que, par les restrictions qu'il avait édictées, l'agent administratif avait encore été guidé par des considérations tirées de la nécessité d'assurer les intérêts dont il avait la garde.

Appelé à statuer sur le recours des intéressés, qui arguaient d'un prétendu détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat estime que l'arrêté préfectoral avait bien été pris pour assurer la *commodité des voyageurs* et que la Compagnie requérante n'était pas fondée à soutenir qu'il avait pour *but unique* d'atteindre une firme déterminée et que, de ce fait, il était entaché de détournement de pouvoir.

Il suffit donc au Conseil d'Etat de constater que le désir d'user de représailles à l'égard de la firme Suchard n'était pas la seule fin *principale* poursuivie par l'agent compétent, mais que les restrictions apportées par le préfet à l'affichage tendaient également à un *but régulier de service*, pour refuser de faire droit à la requête des intéressés.

Nous retrouvons ainsi dans l'arrêt la règle d'après laquelle, en cas de *pluralité* de buts ayant exercé une influence *déterminante* sur l'intervention de l'administration, l'acte administratif ne doit être considéré comme entaché de détournement de pouvoir que lorsqu'aucun de ces buts déterminants ne peut être retenu comme conforme aux règles de la bonne administration, peu importe que certaines de ces fins présentent par elles-mêmes un caractère irrégulier.

b) Dans l'arrêt *Syndicat professionnel des marchands forains* du 2 décembre 1910, le Conseil d'Etat précise que si une nouvelle délimitation des emplacements réservés à la tenue des marchés forains a pour conséquence *indirecte* de favoriser le commerce local, cette circonstance n'est pas de nature à entacher d'excès de pouvoir la mesure de délimitation, alors que la restriction des surfaces mises précédemment à la disposition des marchands forains a pour effet d'assurer la liberté de la circulation.

C'est ainsi encore que le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'y avait pas détournement de pouvoir lorsqu'un maire interdit,

dans l'intérêt général, la circulation des véhicules dépassant un poids déterminé dans certaines rues d'une commune, alors même que l'arrêté du maire aurait eu pour effet *d'alléger les dépenses de la commune* (Cons. d'Et. 29 janvier 1926 *Société des plâtrières de Bagnolet*) (1).

(1) Il va de soi que le bon état des routes et chemins est une condition indispensable à la sécurité et à la commodité de la circulation. Comme telle, la préoccupation des administrations locales de protéger, par des mesures préventives, les routes et chemins publics contre toute dégradation n'a donc rien de répréhensible.

Il y a des lois qui répriment certaines dégradations (Cf. not. art. 479 - 11° C. pén.; loi du 29 floréal an 10; loi du 30 mai 1851); il existe également des textes qui fixent certaines limites au poids des véhicules empruntant la voie publique (Cf. not. décr. du 31 décembre 1922, art. 2). Mais ces textes sont insuffisants pour prévenir, d'une manière efficace, tout dommage résultant d'une circulation qui prend, aujourd'hui, des proportions inattendues. D'une part, les dégâts résultant d'une circulation normale ne tombent évidemment pas sous l'application des dispositions législatives réglementant spécialement le roulage. D'autre part, ces textes même là où ils s'appliquent ne peuvent avoir qu'une portée limitée. La tentation était grande, pour les préfets et les maires, de remédier à cet état de choses et de prévenir tout dommage de quelque importance par des arrêtés de police interdisant la circulation de certains véhicules pour éviter avant tout les frais d'entretien, dont la charge s'accroît de jour en jour, dans la mesure du développement de la circulation moderne. Or, les pouvoirs de police conférés aux agents locaux par les textes en vigueur (V. not. Code de la route, art. 62; Loi municipale, art. 97) ne permettent pas de poursuivre un but autre que la sauvegarde de la sécurité et de la commodité du passage sur les voies publiques.

Le Conseil d'Etat s'est chargé de dégager les principes qui s'appliquent en pareille matière: C'est ainsi qu'il a reconnu la régularité d'une interdiction *temporaire* de la circulation de camions automobiles dépassant un poids déterminé, alors que cette interdiction s'imposait pour rendre possible l'entretien de la voie devenue impropre à une circulation normale. Dans les circonstances de l'affaire, la mesure avait été prise dans un intérêt de sécurité (Cons. d'Et. 3 février 1926 *Soc. d'exploitations forestières de Paimpont* D. 28.3.48).

Mais l'interdiction temporaire de la circulation sur la voie publique visant des véhicules déterminés est entachée d'irrégularité lorsque ces véhicules n'accasionnent pas de dégâts *anormaux*, commandant l'arrêt momentané de la circulation dans l'intérêt de la sécurité du passage. Une semblable interdiction ne peut, en effet, avoir été inspirée que par le désir de ménager les intérêts du budget administratif, fin contraire à l'idée même de la police de la circulation, qui ne saurait être exercée qu'en vue d'assurer la sécurité et la commodité du passage dans les voies publiques.

On voit combien les directives suivies par le juge de l'excès de pouvoir peuvent varier lorsqu'il s'agit de déterminer les facultés comprises dans la police municipale et au-delà desquelles le détournement de pouvoir doit être considéré comme établi. Telle mesure administrative qui, dans des circonstances déterminées, est tenue pour conforme aux buts spéciaux de la fonction exercée par l'agent, quand bien même elle aurait pour effet d'amener un résultat ne paraissant plus se rattacher directement à ces buts, est censurée par le juge lorsque, d'après des considérations tirées plus spécialement de l'époque ou du lieu où elle est intervenue, l'intervention administrative apparaît inspirée par des buts autres que ceux tirés de l'idée même de la fonc-

C'est ce qui résulte de l'arrêt *Belleseize* du 12 novembre 1927 D. 28. 3. 48.

Le maire d'une commune avait interdit, pendant une période déterminée de l'année, la circulation des véhicules automobiles sur un chemin vicinal dont l'entretien n'était assuré que dans des conditions très sommaires. L'arrêt avait été pris pour éviter l'arrachement de matériaux et leur dispersion et, par voie de conséquence, la charge de l'entretien du chemin.

Le Conseil d'Etat déclare, dans son arrêt, « que s'il appartenait au « maire... de prendre toutes mesures de nature à assurer la *sécurité* « sur les voies publiques et l'usage *normal* de ces voies, il résulte de « l'instruction que les prescriptions de l'arrêté attaqué interdisant tempo- « rairement la circulation des voitures automobiles sur le chemin vicinal... « ont été édictées dans l'*intérêt financier* de la commune; que, dès lors, « le requérant est fondé à demander l'annulation dudit arrêté comme « entaché de *détournement de pouvoir* » (V. pour tous ces points la note de M. Gaston MONSARRAT au D. 28. 3. 45).

Dans l'arrêt *Sucrerie et Raffinerie de Briennon* du 27 janvier 1927 (S. 28. 3. 84), le Conseil d'Etat déclare que « s'il appartient au maire de « régler d'une manière particulière ou même d'interdire la circu- « lation des camions automobiles ou autres véhicules dont les dimen- « sions lui paraissent de nature à compromettre la sécurité du passage « sur les chemins ruraux de la commune ainsi que le libre usage de ces « voies, lesdits chemins n'ayant pas une largeur suffisante pour « permettre le croisement des voitures avec des véhicules de trop « grandes dimensions, il ne peut sans porter atteinte au principe de la « liberté de l'industrie et au droit de propriété prononcer, *alors que la* « *circulation des véhicules mus par un autre mode de traction n'a été* « *l'objet d'aucune réglementation*, l'interdiction générale et absolue de « la circulation, sur les chemins ruraux, des camions automobiles, « quels qu'en soient les dimensions et le poids ».

tion. C'est pourquoi les mesures prises par un maire pour limiter les emplacements réservés à la tenue des marchés forains ou pour interdire la circulation, sur la voie publique, de véhicules déterminés, seront dans certains cas jugées conformes aux règles de la bonne administration, alors, que, dans d'autres, elles seront annulées pour détournement de pouvoir parce qu'il apparaîtra, d'après les circonstances de temps ou de lieu, qu'elles ont été, surtout, prises, soit pour protéger le commerce local et accroître les recettes de la commune, soit pour éviter à cette dernière des dépenses d'entretien auxquelles elle ne saurait normalement échapper (V. arrêt *Bellescize*, cité en note).

Dans tous ces cas, il est évidemment très difficile d'établir par avance des règles concrètes fixes pouvant servir de critérium immuable pour la censure du détournement de pouvoir.

### § 3. — Solutions particulières

I. Fraude à la loi. — II. Usage détourné du pouvoir de tutelle. — III. Nominations pour ordre.

Nous venons d'examiner un ensemble de solutions jurisprudentielles faisant application des principes les plus généraux de la moralité administrative. Il nous reste maintenant à passer en revue certaines décisions intervenues en matière de détournement de pouvoir qui se distinguent des espèces que nous venons d'examiner par certaines particularités plus ou moins accentuées.

I. — Dès les premières années de notre siècle, nous rencontrons des arrêts qui ont définitivement confirmé ce que M. Hauriou a très justement appelé la *théorie de la fraude à la loi* (1).

(1) Cette théorie s'était déjà affirmée vers la fin du siècle dernier. Cf. not. Cons. d'Et. 17 novembre 1893 *commune de Lavardin* (S.95.3.73 avec la note de M. HAURIOU); annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté préfectoral portant annulation de l'arrêté par lequel un maire avait suspendu pour un mois le garde champêtre, alors que cette suspension ne constituait nullement une *révocation déguisée*.

Il arrive souvent que des autorités administratives inférieures prennent des décisions qui, *tout en rentrant apparemment dans le cadre de leurs attributions légales*, visent, cependant, à obtenir par un moyen détourné un résultat en opposition avec une disposition *formelle* d'une loi de compétence ou de fond. Or, il serait inadmissible qu'un agent public pût, par le moyen d'une procédure apparemment régulière, poursuivre des buts se trouvant absolument en dehors de sa compétence personnelle ou violant une prohibition édictée par la loi (1).

a) C'est ainsi que le Conseil d'Etat a annulé des arrêtés de maire portant suspension renouvelée de gardes champêtres dans le but évident d'atteindre un résultat équivalent à la révocation réservée par la loi au préfet.

Les arrêts du Conseil d'Etat des 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910 *Fabrègues* (S. 11.3.121, avec la note de M. Hauriou) sont bien connus. « Considérant, dit le Conseil,... que « par un premier arrêté... le maire... avait suspendu de ses « fonctions pour un mois le sieur Fabrègues ; qu'en prononçant, à nouveau, par les dix arrêtés attaqués, cette

(1) Ces cas diffèrent des autres applications du détournement de pouvoir en ce que l'acte irrégulier pour *fraude à la loi*, sans poursuivre nécessairement un but contraire au bien du service, aboutit indirectement à une violation d'une disposition *formelle et précise* de la loi spécialement applicable à l'espèce. Si, par lui-même, l'acte ne renferme aucun élément irrégulier, l'auteur de l'acte vise, cependant, à faire échec à l'exercice de la *compétence* légale de l'autorité supérieure pour étendre la sienne propre ou à tourner par des moyens apparemment légaux les prescriptions de la loi. C'est ainsi qu'un maire suspendant, successivement, à plusieurs reprises, un garde champêtre peut, par l'usage, en apparence régulier, d'un pouvoir qui lui a été conféré par la loi, obtenir un résultat équivalent pratiquement à la *révocation* de l'agent, ce qui constitue évidemment un empiètement caractérisé sur les droits réservés spécialement au préfet.

La théorie de la *fraude à la loi* est également bien connue en droit privé où elle a reçu des applications intéressantes; elle est fréquemment appliquée en droit international privé, notamment en matière d'état et de capacité des personnes. Voy. encore les théories de la *simulation* et des *actes déguisés* qui se rattachent à celle de la *fraude à la loi*. Cons. pour toutes ces questions: JOSSERAND, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, p. 214 et s.; RIPERT, *op. cit.*, p. 293 et s.

« mesure disciplinaire, sans que le requérant ait repris ses fonctions, le maire a excédé les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 102 de la loi du 5 avril 1884... ».

On ne saurait prétendre que, dans ces espèces, le maire qui, à plusieurs reprises, avait suspendu pour un mois le garde champêtre eût violé, par ce seul fait, les dispositions formelles de la loi. Mais si, apparemment, il n'avait fait qu'user des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 102 de la loi municipale, les circonstances dans lesquelles ces suspensions furent prononcées, le fait que, sans attendre que le requérant eût repris ses fonctions, il avait prononcé de nouvelles suspensions, indiquait suffisamment que le résultat immédiat recherché par l'auteur de ces mesures consistait, en réalité, dans la révocation du fonctionnaire, droit appartenant exclusivement au préfet (Cf. encore Cons. d'Et. 2 août 1918 *Bouis*).

Des cas analogues se sont présentés à l'occasion de l'exercice par les conseils municipaux de leur droit de création et de suppression de services.

On sait que les communes ont la faculté de supprimer les emplois municipaux non obligatoires à condition, cependant, que ces suppressions ne constituent pas des révocations déguisées. En fait, il est arrivé assez souvent que les conseils municipaux se sont servis de leurs pouvoirs pour atteindre un but illicite.

C'est ainsi que, par arrêt du 12 janvier 1917 *Rézard*, le Conseil d'Etat a annulé une décision par laquelle un conseil municipal avait supprimé un emploi de garde champêtre, alors que cette suppression constituait une véritable révocation qu'il n'appartenait pas au conseil de prononcer. Il résultait, en effet, des circonstances de l'affaire que la mesure prise par la commune n'avait pas en réalité été dictée par des raisons d'économie, mais uniquement par l'animosité manifestée par la municipalité à l'encontre du requérant.

Lorsque des doutes peuvent subsister sur les intentions réelles des conseils municipaux, le juge refuse de censurer.

Dans un arrêt du 16 janvier 1914 *Merlin*, le Conseil d'Etat, appelé à statuer sur la régularité d'une suppression d'emploi dont se plaignait le requérant, déclare que « dans les cir-  
« constances où le conseil municipal... a voté la suppression  
« de l'emploi et du traitement du garde champêtre, il n'a  
« fait qu'user du droit qui lui appartenait et qu'il ne  
« peut être considéré comme ayant empiété sur le droit de  
« révocation réservé au préfet ».

Un arrêt du 24 juin 1921 *Bouis* démontre bien l'extrême réserve observée par le Conseil d'Etat en cette matière. Bien qu'en l'espèce les arrêtés de suspension pris par le maire à l'égard du requérant eussent déjà été annulés par lui dans un arrêt antérieur et qu'il pût donc avoir de justes motifs de supposer que la suppression décidée par le conseil municipal n'était pas conforme aux règles de la bonne administration, le Conseil déclare que « le conseil municipal n'a  
« fait qu'user de ses pouvoirs... en supprimant *pour des*  
« *raisons d'économie...* l'emploi de garde champêtre ». La solution donnée par le juge est d'autant plus curieuse que quelques années après la suppression de l'emploi décidée par lui, le conseil municipal avait rétabli le service et que le requérant n'avait pas été compris dans les nouvelles nominations faites par le maire (1).

(1) « Considérant, dit le Conseil, que si, comme le Conseil d'Etat l'a  
« reconnu par décision en date du 2 août 1918, le maire de Besse n'a  
« pu, sans violer la loi, suspendre de ses fonctions, par des arrêtés  
« renouvelés de mois en mois, du 12 septembre au 9 décembre 1916, le  
« sieur Bouis, lequel, à l'époque où sont intervenus chacun de ces  
« quatre arrêtés, n'avait pas repris les fonctions dont il avait été sus-  
« pendu pour un mois le 11 août 1916, le conseil municipal de la com-  
« mune susdésignée n'a fait qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'article  
« 102 de la loi du 5 avril 1884 en supprimant pour des raisons d'écono-  
« mie, lors du vote du budget de 1917, l'emploi de garde champêtre;  
« — considérant que l'emploi dont il était chargé se trouvant ainsi régu-  
« lièrement supprimé au 1<sup>er</sup> janvier 1917, le sieur Bouis, bien que n'ay-  
« ant pas été l'objet d'une révocation, avait, à cette date, cessé d'être  
« garde champêtre et que si, après avoir, en 1919, institué un garde  
« des campagnes, la commune a, en 1920, rétabli celui de garde  
« champêtre, il y avait lieu, pour désigner les titulaires successifs  
« de ces deux emplois, à de nouvelles nominations, sans que le sieur  
« Bouis pût prétendre au droit d'être désigné de préférence à tout autre

Notons que la question de la suppression d'emplois de gardes champêtres par les conseils municipaux a été fort discutée en jurisprudence.

Autrefois, le Conseil d'Etat approuvait invariablement les décisions préfectorales qui, par le moyen de l'inscription d'office d'une dépense obligatoire au budget communal, empêchaient, en fait, les communes de procéder à la suppression d'emplois de gardes champêtres dont elles croyaient pouvoir se passer. On se trouvait donc en présence d'un cercle vicieux. Plus tard, on peut constater une certaine atténuation de cette jurisprudence rigoureuse, en ce sens qu'il fut reconnu par le Conseil d'Etat que le droit d'inscription d'office ne pouvait plus s'exercer par *acte séparé* lorsque le préfet avait négligé d'y procéder lors de l'approbation du budget communal (Cf. Cons. d'Et., 22 fév. 1901 *commune de Monticello* S. 02.3.57, avec la note de M. Hau-riou).

« candidat; — considérant qu'il résulte de ce qui précède que le sieur « Bouis n'est pas fondé à soutenir qu'en nommant successivement garde « des campagnes le sieur Tosello, en 1919, et garde champêtre le sieur « Bertrand, en 1920, le maire de Besse a excédé ses pouvoirs... (rejet) ».

Rappr. de tous ces arrêts Cons. d'Et. 15 juin 1928 *Ferry* (cité ci-dessus p. 233, n. 3). Le ministre, qui, à l'intérieur des limites tracées par la règle légale, apprécie souverainement les besoins des services placés sous son autorité, a incontestablement le droit de procéder librement à l'intérieur de ces services à des mutations dans l'intérêt même du service. Il ne saurait, cependant, se prévaloir de ces facultés pour affecter un fonctionnaire d'un grade déterminé à un autre service, même en lui conservant son grade, alors que dans ce service il n'existe aucun emploi de ce grade dont le fonctionnaire puisse utilement être pourvu et que, d'autre part, il existe dans d'autres services des emplois de ce grade demeurés inoccupés. Une telle décision prend, en réalité, le caractère d'une mesure disciplinaire à laquelle il ne saurait procéder sans la faire apparaître comme telle et sans avoir saisi, au préalable, lorsque la loi l'a ainsi ordonné, la juridiction disciplinaire à laquelle il appartient d'examiner, notamment, si la mesure est justifiée par l'intérêt du service.

Cf., dans cet ordre d'idées, Cons. d'Et. 19 juin 1903 *Ledochowski*; 12 février 1904 *Corréard*; 12 mars 1915 *Vandenberg* (« est entachée d'excès « de pouvoir la décision présidentielle mettant d'office un colonel à la « retraite, pour ancienneté de services, sans communication du dossier, « alors qu'il est établi que cette décision a constitué, en réalité, une « sanction disciplinaire contre l'officier qu'elle visait »).



Le Conseil d'Etat fit, ensuite, un pas de plus dans la voie du progrès, en refusant de considérer comme régulière l'inscription d'office, lors de l'approbation du budget local, du traitement d'un garde champêtre bien que l'emploi eût pu être considéré comme régulièrement supprimé par l'autorité communale.

C'est ainsi que, par arrêt du 29 novembre 1912 *commune de Cléry*, il censure l'attitude d'un préfet qui avait inscrit d'office au budget de la commune un crédit pour le traitement d'un garde champêtre alors qu'il résultait de l'instruction que le conseil municipal avait régulièrement supprimé l'emploi pour des raisons d'économie. Aujourd'hui, le droit des communes en ce qui concerne les suppressions d'emplois est donc pleinement reconnu ; le point de vue étroit précédemment défendu par le juge a cédé le pas à des considérations plus conformes aux règles de la moralité administrative en ce sens que les présomptions rigides de *fraude à la loi* ont fait place à des appréciations portant plus spécialement sur les circonstances de fait dans lesquelles est intervenue la décision de suppression d'emploi (Cf. encore Cons. d'Et. 22 décembre 1911 *commune de Dun-sur-Auron* ; 20 janvier 1928 *Nières* D. hebdom. 28.228).

b) Des cas de fraude à la loi bien plus graves encore que ceux que nous venons d'examiner, parce qu'ils aboutissaient à une violation directe d'une règle de fond, se sont présentés à propos de l'application des lois qui ont consacré la neutralité de l'Etat en matière religieuse.

Au cours des premières années qui suivirent la séparation des Eglises et de l'Etat, les communes ont fréquemment tenté de tourner les prescriptions de la loi en allouant aux ministres des cultes des subventions déguisées. Se dissimulant sous des formes régulières, ces actes ne portaient, par eux-mêmes, aucune atteinte apparente à la disposition légale. Mais le but poursuivi par les auteurs était évidemment contraire à l'interdiction portée par le législateur. Il appartenait au Conseil d'Etat, appelé à statuer sur la régularité d'arrêtés d'annulation pris par les préfets en cette matière,

d'examiner si les décisions des autorités locales contenaient ou non une fraude à la loi décrétant la laïcité de l'Etat. Les appréciations auxquelles devait se livrer la juridiction administrative en pareille matière étaient souvent fort délicates (1).

(1) Un arrêt fréquemment cité dans cet ordre d'idées est l'arrêt *commune de Labastide-Saint-Pierre* du 22 avril 1910 (S. 11. 3. 33). Pour tourner la prohibition des subventions au culte, une commune avait imaginé de constituer le curé, pris en sa qualité d'électeur, gardien du presbytère considéré, pour les besoins de la cause, comme impropre à la location. Le procédé peu prudent employé par la commune pour dissimuler ses véritables intentions ne devait guère lui profiter, car il faisait immédiatement apparaître la fin irrégulière poursuivie par les auteurs de la décision. Aussi le Conseil d'Etat ne put-il que constater l'évidence de la fraude qui avait déjà été relevée par le préfet (Cf. aussi Cons. d'Et. 16 mai 1919 *commune de Montjoie*).

Remarquons, d'autre part, que, dans ces matières, le juge administratif ne s'applique pas tellement à défendre le texte même de la loi que d'imposer le respect des principes de la bonne administration. En effet, il s'abstient de censurer les actes dont le but contraire à la loi ne lui apparaît pas avec une certitude absolue; le Conseil d'Etat est toujours disposé à statuer dans le sens le plus libéral, lorsque les circonstances le permettent. Dans les cas de ce genre, tout se ramène, en somme, à des questions de fait devant être résolues sur la base des règles suggérées par le bon sens, bien plus que par des principes strictement légaux.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat reconnaît la régularité d'une décision par laquelle une commune avait voté une somme de 300 francs pour les services religieux à célébrer, lors de l'inhumation des soldats ramenés du front (Cons. d'Et. 6 janvier 1922, *commune de Perquie* S. 25. 3. 39; Cf. M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 538, note (1); Cf. encore: Cons. d'Et. 1<sup>er</sup> décembre 1905 *commune de Brousseval*; 28 novembre 1913 *commune de Chambon*; 10 juin 1921 *ville de Montbrison*).

Le conseil municipal ne commet aucun excès de pouvoir en votant un crédit pour le salaire des « préposés au gardiennage, à la conservation et à l'entretien de l'église », puisque, en sa qualité de propriétaire des immeubles culturels, la commune a le droit et même le devoir de veiller au bon état de ces immeubles et des objets qui les garnissent. Ce droit est, d'ailleurs, consacré par la loi elle-même en ce qui concerne l'entretien des édifices (L. du 9 déc. 1905, art. 13 *in fine*, modifié par la loi du 13 avril 1908, art. 5). V. Cons. d'Et. 10 novembre 1911 *commune de Saint-Blancard* S. 12. 3. 1 avec la note de M. HAURIU; 13 décembre 1912 *commune de Montlaur* D. 16. 3. 65.

V. pour ces questions la note de M. Robert BEUDANT sous l'arrêt Cons. d'Etat 6 avril 1917 *abbé Paoli* D. 28. 3. 17. (Cet arrêt annule l'arrêté d'un maire qui avait rapporté, *pour un motif de droit, après l'expiration d'un délai de deux mois* suivant notification à l'intéressé, un pre-

II. — La question des baux de presbytères dont la jouissance gratuite avait été enlevée aux ministres du culte après les lois de séparation a donné au Conseil d'Etat l'occasion d'affirmer de la façon la plus éclatante la *théorie de la spécialité des fonctions*.

Un grand nombre de communes ayant négligé de louer le presbytère communal, comme elles devaient le faire pour obéir à la loi, certains préfets ont cru devoir faire usage de leurs pouvoirs de contrôle budgétaire dans le seul but d'exercer une pression sur les communes récalcitrantes. Ces procédés étaient nettement irréguliers et constituaient un détournement de pouvoir caractérisé, les préfets ne devant exercer leurs attributions budgétaires en matière communale que dans l'*intérêt des finances* de la commune.

Dans l'arrêt *commune de Randan* du 10 juillet 1908 (S. 10.3.149) le Conseil d'Etat censure nettement ces procédés, d'apparence légale, mais absolument contraires aux principes de la bonne administration.

En regard des dépenses facultatives figurant au budget additionnel d'une commune, le préfet avait inscrit la mention: « ajourné jusqu'à approbation du bail du presbytère ». Sur recours formé par la commune, le juge, constatant que

mier arrêté qui avait nommé le curé desservant gardien de l'église. On a voulu voir là une consécration implicite du principe d'après lequel l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 n'empêche pas les maires de confier la garde de l'église au desservant rémunéré, à ce titre, par la commune. Mais, cette décision ne tranche pas du tout la question de savoir si, en l'espèce, l'acte nommant le desservant gardien de l'église devait bien être considéré comme régulier. Sa portée est limitée au règlement du problème de la révocation des actes administratifs, conformément à la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. V. arrêt *Cachet* du 3 novembre 1922. S. 25.3.9 avec la note de M. HAURIOL.)

Des questions analogues à celles concernant les subventions au culte se sont présentées en matière de subventions aux écoles privées. Si un conseil municipal peut allouer des secours en argent ou en nature aux enfants pauvres fréquentant les écoles de la commune, il lui est interdit par la loi du 30 octobre 1886 d'accorder une subvention aux écoles privées elles-mêmes (Cons. d'Et. 25 février 1928 *commune de Montfaucon-en-Velay* S.28.3.103). V. pour cette jurisprudence: Auguste RIVET, *Les subventions des départements et des communes aux enfants indigents des écoles privées*, Doc. cath., 1921, t. 5, p. 402 et s.

le préfet avait usé de son pouvoir d'approbation budgétaire « pour des raisons étrangères à l'objet en vue duquel les « articles 145 et 147 de la loi du 5 avril 1884 ont conféré au « préfet le pouvoir de régler les budgets communaux et de « modifier, le cas échéant, les allocations qui y sont por- « tées », annule expressément pour *détournement de pou- voir*.

C'est à propos de cet arrêt et d'autres analogues (1) que M. Hauriou a émis la formule à laquelle il a déjà été fait allusion dans la première partie de cette étude et qui fixe bien la « conception générale de l'administration ». La déci- sion *commune de Randan*, dit-il, « démontre que l'exercice « de chaque pouvoir administratif est étroitement enfermé « dans la poursuite de son but propre et ne saurait être « employé à d'autres buts, même administratifs ». En effet, si, dans notre espèce, le préfet avait le droit incontestable de refuser l'approbation des crédits votés par la commune, pour des raisons tirées de la préoccupation d'une bonne gestion financière, il ne pouvait le faire pour imposer à la commune, par une voie détournée, caractérisant d'une façon bien nette le détournement de pouvoir, le respect de la loi sur une question absolument étrangère aux considérations qui avaient amené le vote des crédits ajournés par lui.

III. — Un des arrêts les plus intéressants du point de vue de notre étude qui aient été rendus au cours de la période qui nous occupe est l'arrêt *Monzat* du 19 novembre 1926.

(1) V. encore Cons. d'Et. 29 juillet 1910 *commune de Saint-Gilles*; 29 juillet 1910 *commune de Mont-Sagor*, etc., arrêts rapportés au S. 11. 3. 33 avec l'intéressante note de M. Hauriou résumant l'état de la ques- tion. Nous nous bornons à y renvoyer. Voici, d'ailleurs, la formule du premier des deux arrêts que nous venons de mentionner: « Il résulte de « l'instruction et des pièces versées au dossier que, si le crédit à « inscrire au budget additionnel de la commune..., pour frais d'assis- « tance aux vieillards..., a été porté par le préfet... de 55,54 fr. à « 265,54 fr., c'est *uniquement* en raison du fait que cette commune « n'aurait pas procédé, au cours de ladite année, à la location de son « presbytère; il suit de là... que le préfet... a pris une décision pour des « raisons étrangères à celles pour lesquelles il pouvait la prendre ».

Cet arrêt représente, en effet, un cas type de contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*. Il applique la théorie du détournement de pouvoir à la matière des *nominations pour ordre*.

A l'heure actuelle, le Conseil d'Etat estime que ces nominations peuvent être annulées pour détournement de pouvoir.

Pour saisir tout l'intérêt qui s'attache à cette question, il importe de remarquer que les nominations pour ordre, faites uniquement dans l'intérêt personnel du fonctionnaire, ne sont pas par elles-mêmes illégales. C'est ce que fait ressortir clairement M. Cahen-Salvador dans ses conclusions précédant la décision du Conseil d'Etat et dans lesquelles il admet d'une manière expresse que ces nominations sont inattaquables au point de vue légal dans les cas où aucune condition particulière n'a été imposée par la loi pour les nominations de fonctionnaires.

Mais la question n'a pas seulement un aspect *légal*, elle comporte surtout un élément *moral* qu'il convient de retenir.

En effet, si toutes les activités de l'autorité administrative doivent être orientées vers des buts conformes à la raison d'être de l'institution, si, disons-nous, tous les actes de la puissance publique doivent exclusivement tendre à des buts spécialement déterminés par *le bien du service*, une règle s'impose d'elle-même, c'est que les nominations de fonctionnaires ne doivent être faites qu'en vue du bon fonctionnement des services publics. Ce point de vue ne saurait sérieusement être contesté. Des raisons de moralité évidentes s'opposent à ce que des nominations de fonctionnaires non suivies d'installation réelle, nominations faites non pas en vue de l'intérêt du service, mais uniquement dans l'intérêt personnel d'un individu, puissent produire des effets juridiques définitifs ; car, comme le dit très bien M. Helbronner dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Bouteyre* du 10 mai 1912, la fonction publique n'est qu'un « ensemble « de pouvoirs et de devoirs organisés par la loi en vue « d'assurer l'accomplissement d'un service public déterminé ».

Les circonstances de l'affaire *Monzat* étaient les suivantes : Le 1<sup>er</sup> août 1922, le sieur Monzat avait été nommé sous-préfet de Gourdon. Aussitôt installé, il fut mis en disponibilité sans avoir jamais exercé effectivement ses fonctions. Il continua sa carrière à Paris, puis il fut nommé sous-préfet de Montargis. Dès le lendemain de sa nomination, sur sa demande écrite, il fut de nouveau mis en disponibilité. Mais aussitôt après intervint un décret qui annula la nomination au poste de sous-préfet de Montargis. Le sieur Monzat forma un recours contre cette décision qu'il estimait illégale.

Le Conseil d'Etat, « considérant que la désignation du « sieur Monzat, comme sous-préfet de Montargis, n'a pas eu « le caractère d'une nomination régulière faite *en vue de* « *pourvoir aux besoins du service* dans un poste dont il « devait remplir les fonctions, mais d'une *nomination pour* « *ordre*, purement fictive, destinée *uniquement* à lui pro- « curer le bénéfice d'un avancement, que la promotion « effectuée dans ces conditions était faite *non dans l'intérêt* « *du service, mais exclusivement dans l'intérêt personnel* « *du requérant* et était susceptible d'être annulée pour « *détournement de pouvoir* », rejette la requête.

Voilà bien une application intéressante du contrôle contentieux de la moralité administrative, application d'autant plus remarquable qu'auparavant la jurisprudence paraissait plutôt contraire à la solution actuelle (Cf. Cons. d'Et. 9 mars 1923 *Assoc. des chefs et rédacteurs de la Préfecture de la Seine C. Rodier*). Il est incontestable qu'en dépit des termes employés dans son arrêt, le Conseil d'Etat s'est uniquement laissé guider, en l'espèce, par des considérations tirées des principes de la bonne administration et de la *moralité administrative*, étant donné qu'à elle seule la législation ne pouvait lui fournir aucun élément de solution. Le juge relève d'ailleurs, en termes formels, le *détournement de pouvoir* contenu dans le décret de nomination rapporté par le décret attaqué.

L'arrêt nous démontre d'une façon toute particulière qu'il existe une *moralité administrative* indépendante de la loi,

plus sévère que les prescriptions portées par le législateur et découlant de l'idée même de l'institution administrative (1).

## SECTION II

### Evolution du contrôle de l'incompétence « ratione materiæ » (2)

#### § 1<sup>er</sup>. — Directives de la jurisprudence récente

I. Examen de quelques arrêts du Conseil d'Etat. — II. Principes qui se dégagent de ces solutions.

I. — a) Parmi les arrêts qui intéressent spécialement la question des limites fixées à l'activité administrative au regard du domaine de l'activité privée, nous pouvons mentionner, pour la période qui fait actuellement l'objet de notre étude, l'arrêt du 2 février 1906 *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris et des départements*, dans lequel le Conseil d'Etat, confirmant les résultats déjà acquis

(1) Cf. les conclusions de M. CAHEN-SALVADOR dans la *Rev. dr.* p. 1927, p. 77. Le commissaire du gouvernement se place encore à un point de vue exclusivement légaliste. Certes, il reconnaît que les nominations pour ordre « multiplient le nombre des agents, sans besoin », « qu'elles « laissent supposer que les emplois publics sont faits pour les agents « et non les agents pour ces emplois », « qu'elles constituent une déformation de notre régime administratif ». Il ne croit pas, cependant, que « en dehors de *cas précis*, où se marque un véritable détournement de pouvoir, un *abus flagrant* de procédés légaux pour des fins « illégales », on puisse frapper les nominations pour ordre de nullité. « Une telle rigueur, dit-il, bien que justifiée par les critiques que ces « nominations provoquent, n'auraient pas de fondement juridique « solide ».

Il faut savoir gré au Conseil d'Etat d'avoir reconnu que le caractère institutionnel de l'administration publique ainsi que la prédominance de l'idée de *but de service* dans toutes les manifestations de l'activité administrative s'opposaient absolument à l'adoption d'une thèse telle que celle soutenue par son commissaire du gouvernement.

V. encore la note de M. Jean DEVAUX sous cet arrêt au D. 28.3.33.

(2) Cf. Marc CHARDOT, *La collaboration financière des administrations publiques et des entreprises privées*, Sirey, 1928, not. p. 115 et s.; V. égal. la bibliographie donnée par M. HAUBIQU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 187.

antérieurement, nous fournit encore quelques éléments précieux pour la détermination de l'étendue des attributions des communes en ce qui concerne la création des services publics locaux.

Il s'agissait d'apprécier la régularité de l'installation de bains-douches par la ville de Paris.

L'arrêt est précédé de conclusions remarquables de M. Teissier, commissaire du gouvernement, qui fait observer très justement que « l'action économique d'une commune n'est pas licite quand elle constitue une intervention ayant pour effet de porter une atteinte *volontaire et systématique* à la liberté du commerce et de l'industrie ». Nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur le fait qu'une intervention à tendances *délibérément* socialisantes devait être considérée comme une atteinte caractérisée à l'esprit même de notre droit public. Mais M. Teissier rappelle « que les décisions du Conseil d'Etat ont toujours réservé les hypothèses où, soit des circonstances exceptionnelles, soit un intérêt social primordial, soit une autorisation explicite ou implicite du législateur (nous dirions la *loi* ou les règles de la *moralité administrative*) légitiment une intervention des pouvoirs publics locaux ». « C'est ainsi, dit-il, que les grandes agglomérations, soumises à des dangers spéciaux d'épidémie, peuvent être amenées à intervenir, dans l'intérêt de l'hygiène publique, pour assurer la création ou l'organisation de certaines industries, qui seraient peu rémunératrices, si on les appliquait à des prix abordables dans les milieux populaires ».

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat s'est rangé à l'avis exprimé par son commissaire du gouvernement appliquant, encore — on n'insistera jamais assez sur ce point — non pas tant le texte de la *loi* que certaines règles suggérées par l'ensemble des éléments caractérisant la situation de fait appréciée à la lumière des principes généraux de notre droit public (1).

(1) V. à propos de cet arrêt la note de M. HAURIU au S. 07.3.1., où l'auteur insiste sur la notion d'*établissement modèle*, terme employé par



Un question analogue à celle que le juge administratif eut à résoudre dans l'affaire que nous venons de mentionner fut soumise au Conseil d'Etat dans l'affaire *Chapelon* du 19 avril 1918. Il fut reconnu qu'une municipalité, en créant un lavoir public et en mettant en vente, à des prix modérés, à l'usage des laveuses, divers produits nécessaires au blanchissage, n'avait pas exercé une industrie ne rentrant pas dans les attributions des municipalités. En effet, il n'apparaissait pas que, dans les circonstances de l'affaire, la ville, en installant un lavoir, eût eu en vue des intérêts autres que ceux de la bonne administration, la création du lavoir n'ayant eu pour but que d'apporter « une amélioration dans le fonctionnement du *service public de l'hygiène* ».

Les conditions dans lesquelles peuvent avoir lieu les créations de services municipaux se dégagent, également, d'une façon très nette, de l'arrêt *sieur Genet et syndicat de la poissonnerie au détail* du 28 mars 1924.

« En règle générale, est-il dit dans cet arrêt, les municipalités agissent en dehors de leurs attributions légales lorsqu'elles se livrent à des opérations industrielles ou commerciales ». Voilà le principe. Mais ce principe, conforme aux règles d'une bonne administration, n'exclut évidemment pas les exceptions commandées par l'intérêt général. C'est ainsi « qu'en présence de la nécessité qui s'imposait, au lendemain de la guerre, de ménager le cheptel français et de réduire les importations de viande frigorifiée, le développement de la consommation de denrées de substitution apparaissait comme *indispensable dans l'intérêt de l'alimentation publique* ». Si, dans ces conditions, une ville décide de procéder à l'achat de poisson pour le revendre directement aux particuliers, on ne saurait lui reprocher aucune irrégularité, les opérations auxquelles elle se livre étant *commandées* par les intérêts mêmes dont elle a la charge.

la loi du 3 février 1851 qui prévoit, dans son article premier, l'allocation au gouvernement d'un crédit pour encourager dans les communes la création d'*établissements modèles* pour bains et lavoirs publics gratuits ou à prix réduits.

Le Conseil d'Etat, tenant compte du caractère *temporaire* de ces périodes critiques qui peuvent justifier une intervention des municipalités dans un domaine généralement réservé aux libres initiatives des particuliers, ne manque d'ailleurs pas d'insister sur la nature *provisoire* de ces interventions.

En dernière analyse, la valeur juridique de pareilles mesures dépend des nécessités plus ou moins pressantes auxquelles doit pourvoir l'administration, en vertu des obligations qui lui sont imposées par sa mission de *police*.

b) La question des pouvoirs appartenant aux administrations locales en matière d'organisation de services s'est également posée en ce qui concerne la création de *théâtres* et de *salles de cinémas* municipaux.

Tout d'abord, il est incontestable que dans une ville d'une certaine importance l'existence d'un théâtre peut correspondre à un besoin général permanent. Du moins, est-il facile à comprendre qu'une ville tienne à avoir une ou plusieurs salles de spectacles pour maintenir son rang. Car la création de théâtres dans une agglomération importante peut être considérée comme intéressant dans une mesure appréciable le développement des arts et de la culture générale du public. L'article 1<sup>er</sup>, § 2, du décret du 6 janvier 1864 sur la liberté des théâtres prévoit d'ailleurs que « les « théâtres qui paraîtront plus particulièrement dignes d'encouragements pourront être subventionnés, soit par l'Etat, « soit par les communes ». S'ensuit-il que l'autorité municipale puisse prendre prétexte de considérations de ce genre pour intervenir directement dans ce domaine en toute circonstance ? Le Conseil d'Etat répond par la négative. Et ce sont toujours les mêmes raisons qui inspirent son attitude. En cette matière spéciale, il se laisse encore guider par la préoccupation de maintenir, coûte que coûte, l'équilibre entre la vie publique et la vie privée, de sauvegarder, en tous points, le principe de la liberté de la concurrence.

Et cependant, on ne saurait nier qu'il pourrait y avoir des raisons graves de consacrer en cette matière le principe de

la liberté des initiatives de l'administration, puisque, dans certaines circonstances, l'exploitation d'un théâtre ne doit pas seulement être considérée comme une affaire purement commerciale ; elle peut tendre à des buts désintéressés : le progrès des arts et l'éducation générale du public ; elle pourrait même, jusqu'à un certain point, être considérée comme une affaire de police au sens le plus large de ce mot. S'il est permis d'être sceptique en ce qui concerne l'opportunité de reconnaître à l'administration, et surtout à l'administration locale, un rôle éducateur, il ne faut, cependant, pas se dissimuler que l'abandon complet de la création et de la direction de salles de spectacle à des particuliers qui, trop souvent, ne se soucient que de leurs intérêts purement matériels, sans se laisser guider par des considérations d'un ordre plus élevé, peut, dans certains cas, présenter des inconvénients sérieux.

Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que le Conseil d'Etat admette jamais qu'en dehors des théâtres nationaux (Cf. Cons. d'Et. 27 juillet 1923 *Gheusi*), les théâtres municipaux puissent être organisés en *service public* proprement dit. Les communes ayant trop souvent tendance à intervenir, sous n'importe quel prétexte, dans les rapports du commerce juridique ordinaire, en vue de buts absolument étrangers à la bonne administration, il a pu sembler bon au Conseil d'Etat d'appliquer à la délimitation des pouvoirs des conseils municipaux en matière de création et d'organisation de salles de spectacle le même critérium dont nous l'avons vu user dans les arrêts mentionnés ci-dessus.

Dans un arrêt du 11 juin 1926 qui, bien que visant surtout l'exploitation en *régie*, peut cependant être considérée comme tranchant également la question plus générale de la création d'un service public, il déclare, notamment, « que « l'exploitation d'un théâtre ou d'un cinématographe constitue une entreprise commerciale et que, par suite, en « règle générale, elle est réservée à l'initiative privée ». L'administration locale ne pourrait intervenir qu'exceptionnellement « dans un but d'intérêt général en cas de défaut

« lance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée » (Cons. d'Et. 11 juin 1926 *Raynaud*, *Rev. dr. p.*, 1926, p. 697, avec les concl. de M. Rivet).

M. Hauriou, partant du principe — d'ailleurs incontestable — que le service public est un service technique rendu au public par une organisation publique, d'une façon régulière et continue, pour la satisfaction d'un besoin public pourvu que cette dernière n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs, estime que l'exploitation d'un théâtre en service public doit être considérée comme contraire à la *moralité administrative* (Cf. note de l'auteur sous Cons. d'Et. 7 avril 1916 *Astruc* S. 16.3.49). Si cette thèse procède, assurément, d'une conception élevée de la mission de l'administration publique, il est, cependant, permis de soutenir que l'érection d'une entreprise de spectacle en service public peut dans certains cas, qui ne se limitent pas nécessairement à ceux visés par le Conseil d'Etat, présenter un *intérêt de police* réel.

En résumé, il nous semble que l'intervention administrative en cette matière ne saurait être absolument écartée lorsque l'action de l'administration se propose uniquement d'atteindre un *but conforme aux exigences supérieures de la moralité publique*.

II. — Les conclusions qui s'imposent après examen des arrêts que nous venons de rapporter (Cf. encore Cons. d'Et. 21 janvier 1921 *Syndicat des agents généraux des Compagnies d'assurances du Territoire de Belfort* ; 23 décembre 1921 *Union départementale des assureurs du Nord*) présentent du point de vue de notre étude un intérêt qui ne saurait guère être contesté. Il apparaît que le juge administratif s'est avant tout préoccupé de fixer la limite du domaine propre de l'activité administrative, limite au delà de laquelle cette dernière doit être considérée comme contraire au principe de la bonne administration. La loi étant généralement restée muette sur tous ces points, d'une importance primordiale, il appartenait au juge d'appliquer aux cas d'espèce

se présentant à son examen le critérium indispensable. En général, ce dernier se ramène à la proposition relativement simple que les administrations locales doivent se borner à prendre, dans le domaine politico-économique, les mesures *urgentes* présentant un *intérêt de police* évident. « Et cela « met en lumière cette vérité très profonde que tout *service public* doit être motivé par une pensée de *police*, et que « la fonction administrative se ramène essentiellement à « la *police* entendue dans son sens le plus élevé d'*aménagement et d'assainissement du milieu social* » (M. Hauriou, note sous arrêt *Synd. des propr. de bains* précité, S. 07.3.1).

La directive générale dont use le juge en pareille matière pour apprécier la régularité de l'intervention administrative se concrétise dans les deux idées d'*urgence* et de *mesure temporaire* dont le sens se trouvera précisé dans chaque cas par les exigences particulières de la situation, objet des préoccupations de l'administration.

Les interventions administratives à caractère de police peuvent, d'ailleurs, présenter des aspects très variés. Les nécessités d'ordre public et les insuffisances de l'initiative privée qui justifient l'action de l'autorité ne se limitent évidemment pas à des cas déterminés. Les directives de détail qui peuvent être déduites de la directive générale visée ci-dessus sont extrêmement nombreuses ; théoriquement, elles peuvent varier à l'infini ; il serait donc puéril de vouloir en donner une énumération à peu près complète. « Nous avons « la conviction, dit M. Hauriou, dans la note précitée, qu'en « cette matière des services municipaux, il ne faut pas « s'attacher à l'objet des services, exclure les uns, admettre « les autres ; qu'il faut, au contraire, s'attacher aux conditions dans lesquelles le service est organisé. Nous dirions « volontiers que *tout* peut devenir matière de service municipal à de certaines conditions ».

Il suffit de ne pas oublier que les directives applicables en pareille matière dérivent, dans leur ensemble, de l'idée de *police entendue au sens large de ce mot*. L'administration

ne saurait sous aucun prétexte se mettre en contradiction avec elle sans porter, en même temps, atteinte aux règles de la bonne administration et de la moralité administrative. En d'autres termes, elle ne saurait se proposer des buts *purement* économiques absolument étrangers à toute considération de sauvegarde du *bon ordre*, de l'*hygiène*, du *ravitaillement normal de la population* et de la *tranquillité publique*. Car le but de l'administration n'est pas de créer de la richesse collective, mais seulement d'organiser, sous l'égide de la loi, les conditions favorables au développement paisible et libre de l'économie privée. Il faut savoir gré au Conseil d'Etat d'avoir traduit ces idées dans des arrêts qui méritent de retenir toute notre attention, en raison des directives fécondes qu'ils contiennent, et d'avoir imposé en cette matière, par une action disciplinaire à forme contentieuse, le respect des règles de la bonne administration (1).

(1) Il peut paraître intéressant d'insister encore, dans cet ordre d'idées, sur quelques points de détail touchant la question générale du caractère du contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur les motifs et le sens des décisions prises par les autorités locales dans l'exercice de leurs pouvoirs de police spéciaux et généraux.

A propos de l'arrêt *Marc* du 5 juin 1908, notamment, des discussions se sont élevées sur le sens du contrôle de l'excès de pouvoir exercé par le Conseil d'Etat au sujet des facultés que comportent certains pouvoirs de police exercés par l'administration. Bien que ces discussions, d'ailleurs déjà indiquées plus haut (p. 48 et s.), dépassent quelque peu le cadre de notre étude, nous devons, cependant, les viser très brièvement parce qu'elles tendent à nous démontrer que le contrôle de la légalité, entendu au sens strict de ce mot, n'occupe nullement, dans l'ensemble des applications du contrôle juridictionnel de l'activité administrative, la place prépondérante qu'on voudrait bien lui attribuer.

Dans ses conclusions, qui précèdent l'arrêt susvisé, rendu dans une affaire où le juge administratif eut à apprécier la valeur juridique de mesures prises par l'autorité administrative par application de la loi du 15 février 1902 sur la santé publique, le commissaire du gouvernement, M. TEISSIER, précise ainsi la tâche du Conseil d'Etat: « Vous aurez, dit-il, « à rechercher si les maires n'ont pas fait un usage abusif des pouvoirs « à eux dévolus dans l'intérêt de la santé publique... Fréquemment, « cette recherche sera chose difficile et nécessitera un dosage méticuleux des sacrifices qu'on peut demander aux droits individuels et « spécialement à la propriété dans l'intérêt de l'hygiène bien entendue « de la collectivité ». Il est incontestable que ce dosage dont parle

## § 2. — *Etat actuel de la question de l'intervention des communes dans le domaine économique*

I. Examen de quelques cas particuliers. — II. Les décrets réglementaires de 1926.

I. — Le régime tel qu'il résulte des arrêts que nous venons d'examiner et les conclusions que nous avons présentées s'imposent-ils encore toujours avec la même force ?

M. TEISSIER ne peut être effectué qu'en tenant compte, non seulement des droits de la propriété, mais encore, et indépendamment de toute considération de la *légalité*, de certains principes de bonne administration s'opposant à la poursuite de *buts vexatoires* pour les particuliers. Si, d'ailleurs, déjà en droit privé, la Cour de cassation est parfois obligée de développer, en vue de leur application pratique, des notions dont elle ne trouve dans la loi que la vague suggestion — comme si le législateur avait voulu s'en remettre ici à l'appréciation discrétionnaire du juge, pour satisfaire d'une façon suffisamment complète à toutes les exigences des problèmes soulevées par les rapports de la vie privée, — le droit public, étant donné l'importance des intérêts en cause, a encore bien plus besoin de règles et directives élaborées à côté et même en dehors de la loi qu'il serait dangereux de vouloir rattacher à tout prix à des considérations de l'ordre de la *légalité* proprement dite.

Nous ne voulons pas insister ici encore une fois sur les théories de M. MICHOUD et de ceux qui soutiennent des thèses semblables. Tout en reconnaissant leurs efforts méritoires poursuivis en vue d'une interprétation pratique du droit, on ne peut s'abstenir de remarquer qu'ils confondent souvent comme à plaisir droit et légalité (V. not. L. MICHOUD, *op. cit.*, *Ann. Gren.* 1913, p. 455, dernier alinéa).

Nous pensons qu'il est téméraire d'affirmer, comme on a essayé de le faire, que les pouvoirs de police attribués aux administrateurs en vue de la sauvegarde de l'ordre sont de ce fait liés par le texte même de la loi, alors qu'en réalité les textes eux-mêmes sont, aussi bien par leur lettre que par leur esprit, de l'avis de tout le monde, incapables de fournir des éléments *précis* pour les solutions pratiques, la qualification légale d'*ordre public*, qui ne vise, en réalité, que le but *général* devant être poursuivi par l'agent administratif, étant évidemment trop vague pour fournir un critérium utile dans les cas concrets (Cf. à ce sujet les développements contraires donnés par M. Marc RÉGLADE *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1925, p. 435 et s. où nous trouvons un passage dans lequel il est dit que, le cas échéant, le Conseil d'Etat doit se demander s'il y a eu en fait « les nécessités d'ordre public exigées par la loi »).

Certes, nous ne voulons pas nier que dans toutes ces matières il y a des nuances et des degrés. Certaines décisions administratives apparaîtront tantôt comme portant manifestement atteinte à un principe d'*ordre légal*, tantôt comme étant plutôt contraires à un postulat de la *bonne administration*, selon que la décision administrative incriminée se pré-

Voyons dans quel sens il convient de répondre à cette question.

Dans les lignes qui précèdent, nous avons exprimé l'idée que les communes ne peuvent intervenir dans le domaine économique que dans un *intérêt public*. Les arrêts que nous venons de rapporter prouvent que cet intérêt a toujours été interprété d'une façon *stricte* ; d'une manière générale, l'intervention des administrations locale n'était justifiée que dans les cas, relativement rares, où il y avait vraiment *nécessité* d'organiser un service public. Ces deux idées d'*intérêt public* et de *service public* étaient donc liées par une parenté très étroite.

M. Latournerie, commissaire du gouvernement, le constate encore dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Société des établissements Arbel* du 25 novembre 1927, S. 28.3.17. « La notion d'intérêt public, dit-il, telle que « l'entendait la jurisprudence du Conseil d'Etat jusqu'à une « époque toute récente, coexistait *nécessairement* avec celle « du service public : les personnes administratives n'étaient « censées, en cette matière, agir dans l'intérêt public que « lorsqu'elles pouvaient et devaient le faire, ou lorsqu'elles « eussent pu le faire sous la forme du *service public*. »

Ainsi, un intérêt privé, fût-il d'utilité sociale, ne pouvait jamais justifier l'intervention des communes. Les conseils municipaux n'étaient fondés à intervenir dans le domaine normalement réservé à l'activité privée que pour un objet d'utilité publique.

sentera avec une irrégularité plus ou moins prononcée pouvant être considérée, tantôt comme viciant surtout son *but*, et tantôt, comme entachant apparemment l'*objet* même de l'acte en violation des prescriptions légales. Du reste, si tout le monde semble à peu près d'accord sur les pouvoirs du juge administratif en ce qui concerne l'étendue de son contrôle et que si, de ce fait, toute cette discussion ne paraît présenter qu'un intérêt assez réduit, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne se ramène pas seulement à une question de mots et qu'il existe un danger réel à s'en tenir à la formule du contrôle de la *légalité* en ce sens qu'il est à craindre que les points de vue trop étroits adoptés sur ces questions de terminologie n'influent sur le fond et ne provoquent indirectement, soit un rétrécissement, soit un ralentissement dans le développement du contrôle juridictionnel de l'administration.



Cette doctrine conservatrice se traduit encore nettement dans l'arrêt Cons. d'Et. 3 mai 1918 *sieur Schneider*.

Le conseil municipal de Cette avait exonéré la société Schneider des droits d'octroi jusqu'à concurrence d'une certaine somme pour la décider à installer ses ateliers sur le territoire de la commune, ce qui constituait déjà un procédé par lui-même contraire aux règles financières. Le Conseil d'Etat déclare que « si même le conseil municipal avait voté « en sa faveur une subvention sous une forme autre que « l'exonération des droits d'octroi, ladite subvention, qui « n'aurait pas été accordée *en vue d'un objet d'utilité* « *publique*, aurait, par suite, été encore illégale ».

L'arrêt du 25 novembre 1927 *Société des établissements Arbel S. 28.3.17*, marque déjà une atténuation de la solution bien nette à laquelle le Conseil d'Etat s'était arrêté dans sa décision de 1918. Il n'y est plus question *d'objet d'utilité publique* ; les exceptions au principe y sont expressément prévues. Tout en déclarant « qu'il n'appartient pas aux conseils municipaux d'allouer sur les fonds communaux des « subventions à des entreprises privées », le Conseil d'Etat admet qu'il peut être dérogé à cette règle « dans les cas « *exceptionnels* où un *intérêt public* l'exige ».

Il y a donc aujourd'hui des cas où les communes peuvent légitimement accorder des subventions à des entreprises privées lorsque les intérêts bien compris de la cité *imposent* pareille attitude. « Dans l'organisation des services publics, « dit M. Latournerie dans ses conclusions précitées, ... la « commune peut... favoriser par une mesure individuelle « un certain intérêt privé. Elle peut le faire, parce qu'il « peut arriver que tel soit le moyen le plus direct et le plus « efficace de favoriser l'intérêt public... » Cet intérêt reste « la condition nécessaire de toute ingérence directe ou indirecte de la commune dans les activités privées. Mais la « notion de cet intérêt déborde maintenant celle du service « public » (1).

(1) Le commissaire du gouvernement estime que ce revirement de jurisprudence s'est annoncé dans les arrêts *Mariote* (S. 25. 3. 1 avec la

Ce n'est cependant pas dans la matière des subventions accordées par un conseil municipal à une entreprise privée que le Conseil d'Etat consentira à envisager un relâchement très sensible des anciennes rigueurs pour la définition de l'*intérêt public*. Il y a lieu d'admettre que le juge de l'excès de pouvoir n'approuvera ces pratiques, qui affectent de la façon la plus directe les budgets communaux sans que les

note de M. HAURIOU) et *Guyot de Villeneuve* des 23 mars 1923 et 27 janvier 1926.

En effet, dans la première de ces deux décisions, le Conseil d'Etat a reconnu la régularité de délibérations d'un conseil municipal qui avait prononcé le déclassement partiel de plusieurs rues de la commune pour mettre les terrains rendus disponibles à la disposition d'une entreprise industrielle. Le haut tribunal administratif déclare que le conseil municipal n'avait en vue que « la prospérité commerciale et industrielle » de la ville et l'*intérêt général de la population* » et que, d'autre part, « aucune disposition législative ou réglementaire ne s'oppose à ce que « le déclassement des rues et places publiques soit prononcé dans un « *intérêt général autre que celui de la voirie* » (Comp. Cons. d'Et. 28 avril 1926 *commune de Muids*).

Dans la décision *Guyot de Villeneuve* le Conseil d'Etat refuse de censurer l'attitude d'une commission départementale qui avait décidé l'ouverture et le classement comme chemin vicinal ordinaire d'un chemin privé en vue de desservir une usine qui n'avait nul rapport de droit avec la commune. Il est déclaré dans l'arrêt « qu'il ne résulte pas des « pièces versées au dossier... que la commission départementale... ait « fait usage de ses pouvoirs dans un intérêt autre que l'*intérêt général* « de la commune, et, notamment, l'intérêt de la voirie ».

Nous ne croyons pas que ces deux arrêts puissent être retenus comme marquant un *revirement* de la jurisprudence administrative en matière d'intervention des personnes morales de droit public dans les relations de la vie privée. En tout cas, il ne faudrait pas les considérer comme une nouveauté vraiment sensationnelle.

Le classement et le déclassement des voies publiques comporte pour les autorités compétentes, juges souverains de l'utilité de pareilles opérations, des pouvoirs très étendus. Les voies publiques, destinées à assurer et à faciliter les communications, servent des intérêts divers; beaucoup d'entre elles ne tirent, en somme, leur utilité que du fait qu'elles favorisent le développement d'intérêts particuliers, d'ailleurs pour le plus grand bien de la communauté. Il n'est donc qu'absolument normal qu'un chemin public soit ouvert pour desservir, dans l'intérêt du public, une usine importante, ou même qu'une rue soit désaffectée lorsqu'il apparaît que l'intérêt général peut être bien mieux sauvegardé par la vente des terrains rendus libres après déclassement à une société privée que par le maintien d'une voie de communication pouvant être supprimée sans inconvénient.

communes puissent toujours retirer de leurs largesses tous les avantages espérés, que dans les cas *d'urgence*, lorsqu'il n'y a *absolument* pas moyen de faire autrement.

Les choses se présentent d'une façon un peu différente en matière de *création de services*. Là il ne s'agit plus de simples subventions en faveur de particuliers, mais d'im-mixtion *active et directe* dans les relations de la vie écono-mique au profit de la collectivité.

Il va de soi que les organisations de service ne soulèvent pas les mêmes objections de principe que les *faveurs* pécu-niaires accordées à des entreprises commerciales privées. L'intérêt public qui légitime ces initiatives pourra être inter-prété d'une façon moins étroite.

II. — On peut croire qu'à la suite des décrets réglemen-taires des 5 novembre et 28 décembre 1926 concernant les *interventions des communes dans le domaine industriel et commercial* (1), la conception de cet intérêt ira en se déve-

(1) Aux termes de l'article 14 du décret du 5 novembre 1926 (nouvel article 68 de la loi municipale), « ne sont exécutoires qu'après avoir été « approuvées par l'autorité supérieure les délibérations portant sur les « objets suivants : .....  
 « .....  
 « .....  
 « 12° L'intervention des communes, notamment par voie d'exploitation « directe ou par simple participation financière dans les entreprises, « même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet le « fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement « de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoy-  
 « ance sociale ou la réalisation d'améliorations urbaines ».  
 « .....  
 C'est pour l'application de cette disposition qu'est intervenu le décret du 28 décembre 1926, dont l'article 1<sup>er</sup> est ainsi conçu :

« Article premier. — Les communes et les syndicats de communes « peuvent être autorisés, dans les conditions indiquées par l'article 3 du « présent décret, à exploiter directement des services d'intérêt public à « caractère industriel ou commercial.

« Sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploi-  
 « tations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées, soit par « application de la loi des 2-17 mars 1791, soit, en ce qui concerne « l'exploitation des services publics communaux, en vertu de traités de « concession ou d'affermage.

« Ne sont pas soumises aux dispositions du présent titre les régies « organisées exclusivement dans un but d'hygiène ou d'assistance et ne « comportant que des recettes en atténuation de dépenses ».

loppant de façon à rendre moins sensible la limite qui sépare la vie publique de la vie privée.

Mais encore faudrait-il se garder, à notre avis, d'attribuer aux textes nouveaux un sens qui ne s'impose pas. On est allé jusqu'à dire que les décrets en question avaient transformé complètement toute la matière (1). Nous ne partageons pas cette manière de voir.

Si, comme le fait remarquer M. Latournerie dans ses conclusions précitées, un esprit nouveau a présidé à la rédaction des décrets, ils n'ont pas, croyons-nous, touché aux *fondements* même de l'ancienne jurisprudence qui n'autorisait les personnes morales du droit public à intervenir dans le domaine normalement réservé à l'activité privée qu'en cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de cette activité dans des matières intéressant l'ensemble du public. Nous croyons que les dispositions récentes qui apportent des précisions nouvelles aux attributions des communes définies, avant la publication des décrets, d'une façon extrêmement vague, dans la loi municipale, ne visent, avant tout, *si non* exclusivement, la question si souvent débattue de l'*exploitation en régie* par les communes elles-mêmes d'entreprises industrielles et commerciales déjà érigées ou susceptibles, dès auparavant, d'être érigées en services publics (2). Rien dans les termes des textes que nous mentionnons ne semble autoriser la supposition que, dorénavant, les administrations

(1) Cf. L. TROTABAS, *Les réformes de l'organisation administrative française réalisées par les décrets de 1926, Année Politique française et étrangère*, 2<sup>e</sup> année, 1927, p. 452; M. CHARDOT, *op. cit.*, p. 127 et s.; V. égal. Roger BONNARD, *Les décrets-lois du ministère Poincaré, Rev. dr. p.*, 1927, p. 280 et s.

(2) Comp. H. BERTHÉLEMY, *Les réformes administratives et judiciaires de 1926, 1927*. « Ce qu'on entend modifier, dit l'éminent doyen (p. 45), « qui, à notre avis, attribue, cependant, aux nouvelles dispositions une « portée trop restreinte, ce sont les méthodes par lesquelles les administrations communales seront désormais autorisées à donner satisfaction aux besoins collectifs. Il ne s'agit pas de provoquer la création « de nouveaux services. On veut seulement permettre de recourir, pour « l'organisation des services qui règlent les affaires de la commune », « à des procédés où l'on a cru trouver dans le passé moins d'avantages « que de risques ».

locales pourront jeter tout le poids de leur autorité dans le domaine normalement réservé à la vie privée, dans le seul *but* de créer de la richesse collective en dehors de toute préoccupation de police (1). M. Hauriou lui-même exprime, d'ailleurs, l'espoir « que le Gouvernement chargé d'autoriser « chaque nouvelle entreprise municipale s'inspirera des directives prudentes posées dans l'arrêt *Genet* du 28 mars « 1924 » (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 844, note 2).

Il est certain, cependant, et cela ressort de l'exposé des motifs mêmes précédant le décret du 28 décembre, que, dorénavant, l'intervention des autorités administratives locales dans le domaine économique sera grandement facilitée et que l'application des nouveaux textes pourrait rendre

(1) « Le Gouvernement a-t-il eu la pensée, dit M. BERTHÉLEMY (*op. cit.* « p. 47 et s.), de rétablir à l'état de règle générale ce qui n'avait été « justifié que par des circonstances *exceptionnelles* et pour le temps de « guerre? Cela ne résulte ni des textes nouveaux ni des justifications « qu'en donne l'exposé des motifs. L'impression très claire qui se « dégage de ce dernier document, c'est que le système des régies municipales se trouvant fréquemment applicable soit par l'effet de lois nouvelles, soit même par le jeu de l'ancienne législation, il était prudent « de préciser les précautions qui doivent être prises pour en éviter les « écueils. Il n'est pas douteux qu'en inscrivant « le ravitaillement des « communes » au nombre des occasions qui justifient l'institution de « services publics à cet effet, on n'a pas eu l'intention de permettre de « plein droit aux municipalités de se livrer, *en concurrence avec l'industrie libre*, à tous commerces non justifiés par l'intérêt général. Il peut « arriver, même en temps de paix, que le ravitaillement d'une agglomération en certaines denrées devienne d'intérêt général et nécessite « l'institution d'un service public. Ne voit-on pas un assez grand nombre de communes, pour attirer un médecin ou un pharmacien dans « leur agglomération, obligées de les subventionner ou de les loger? Il « se peut aussi bien qu'une commune se trouve obligée de fournir à « ses habitants telles denrées indispensables que nul commerce libre « ne lui fournit. Encore faut-il cependant que des circonstances spéciales justifient ces mesures locales pour qu'elles restent conciliables « avec la législation sur la liberté du commerce.

« En résumé, le décret du 28 décembre a pour but de dire comment « les communes devront ou pourront s'y prendre lorsqu'elles voudront « exploiter directement des services publics communaux. Il ne donne pas « aux communes la faculté d'ériger en services publics des industries « ou des commerces arbitrairement transformés en affaires de la commune » (V. égal. la note anonyme au D. 27.3.43).

caduques, dans une certaine mesure, les conceptions *strictes* qui prévalaient jusqu'à présent.

Mais, en dépit des formules relativement larges, et d'ailleurs quelque peu imprécises, qui prévoient, dans les deux textes, l'intervention des communes dans le domaine économique, nous nous refusons à croire qu'à l'avenir, l'administration pourra se livrer à des entreprises qui ne se rattacheront plus du tout, *ni de près, ni de loin*, à des intérêts de police dans le sens large dans lequel nous entendons ce mot.

Nous admettons que, conformément au droit commun applicable en matière de délibérations de conseils municipaux, le Conseil d'Etat pourra être appelé, en cas de contestation par les intéressés de la légitimité des mesures prises par les communes, à vérifier si celles-ci ne se sont pas servi des droits qu'elles tiennent de la nouvelle rédaction de l'article 68 de la loi municipale pour fausser abusivement les conditions normales de la concurrence dans le commerce libre. Dans l'exercice de ce contrôle, le juge continuera, sans doute, à appliquer, comme par le passé, pour l'appréciation de la régularité des interventions administratives fondées sur les nouvelles dispositions, les directives précédemment établies par sa jurisprudence. Tout au plus, peut-on estimer que ces directives, sans subir une altération *profonde*, iront en s'élargissant pour tenir compte, conformément à l'esprit qui a présidé à la rédaction des nouveaux textes, des besoins nouveaux nés de l'état actuel de notre société. Car, encore une fois, rien n'indique que l'idée de *police* ne doive pas rester le critérium essentiel de la régularité des interventions administratives dans le domaine économique. Les notions d'*urgence* et de *précarité* dont jusqu'à présent le juge de l'excès de pouvoir a tenu compte pour apprécier la valeur juridique des créations de service par les autorités administratives locales perdront peut-être une bonne partie de leur importance pratique, mais il est peu probable que le juge consente, à l'avenir, à reconnaître d'une façon générale la validité de mesures administratives

prises à l'effet d'ériger en services communaux des entreprises qui, par elles-mêmes, ne semblent pas devoir toucher d'une manière directe aux intérêts de police dont l'administration a la charge.

Pour se rendre compte des répercussions que pourront encore exercer les nouvelles dispositions qui, nous le rappelons, ne visent pas tant la création de services nouveaux que la transformation en *régies municipales* d'entreprises déjà érigées en services publics, il convient, d'ailleurs, d'attendre que les autorités compétentes qui exercent la tutelle sur les communes aient définitivement fixé leur orientation et, le cas échéant, que le Conseil d'Etat ait été à même de se prononcer, à l'occasion de cas d'espèce soumis à son examen, d'une façon formelle et non équivoque sur les directives qui doivent résulter du régime instauré par les décrets.

Une décision récente, l'arrêt *Burgeat* du 13 juillet 1928 (D. hebdomadaire. 28.515), qui déclare nulle de droit une délibération du conseil municipal de Chaumont (Haute-Marne), en date du 21 juin 1922, décidant le maintien de l'institution du ravitaillement municipal (aujourd'hui compris dans l'énumération donnée par le nouvel article 68 de la loi municipale des objets pouvant justifier l'intervention des communes), laisse déjà entrevoir, nous semble-t-il, quel pourrait être le sens de l'évolution de la jurisprudence. Le précepte dominant reste toujours le même : il est rappelé dans l'arrêt, par une affirmation de principe, que « l'institution d'un service de ravitaillement municipal destiné à la vente directe au public de denrées de toutes sortes constitue une entreprise commerciale et que, par suite, en règle générale, elle est réservée à l'initiative privée ». Mais la formule qui suit marque déjà une atténuation par rapport aux formules tranchantes des arrêts antérieurs dans lesquels le Conseil d'Etat ne manquait presque jamais d'insister d'une façon spéciale sur le caractère *exceptionnel* des dérogations au principe qu'il ne considérait comme justifiées que lorsqu'elles se produisaient dans un intérêt général en

cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'activité privée. Le Conseil déclare, en effet, que « il peut appartenir « aux administrations locales, *dans des situations particulières*, d'intervenir en cette matière, *dans un but d'intérêt public* ». On voit que cette formule ne contient plus la totalité des restrictions antérieurement invoquées par le Conseil.

Il suffirait donc, pour la régularité de l'intervention des communes dans le domaine économique, que les circonstances dans lesquelles l'initiative communale s'est produite présentent un caractère non plus *exceptionnel*, mais « particulier » et révèlent, en elles-mêmes, l'*intérêt public* de la mesure qui ne paraît plus devoir se confondre nécessairement avec l'*intérêt général* et l'*utilité publique*, soit même l'intérêt public, dans le sens dans lequel ils étaient antérieurement exigés et invoqués par le Conseil d'Etat. En somme, l'initiative de la commune serait justifiée lorsque la situation se présente telle qu'on puisse concevoir sans peine que le bien-être des habitants et la prospérité de la commune ne peuvent être assurés, *dans toute la mesure désirable*, que par l'intervention directe de l'administration. Mais c'est encore toujours là une question de police entendue au sens large de ce mot.

### SECTION III

#### La disparition de l'acte discrétionnaire

En principe, après 1905, la question des *actes discrétionnaires*, qui, comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir, a joué un rôle très important au cours des périodes antérieures, ne se pose plus. Si l'on fait abstraction des *actes de gouvernement* proprement dits qui échappent à tout contrôle et que nous retrouverons plus loin, il ne reste plus guère d'actes qui soient soustraits à l'action du juge ou qui ne puissent être attaqués que pour vice de forme ou



pour incompétence. Peu à peu le Conseil d'Etat s'est rendu à l'idée que le *détournement de pouvoir* doit pouvoir être réprimé par le juge partout où il se révèle ; il s'est enfin rallié au postulat que l'acte le plus discrétionnaire doit, pour être régulier, avoir été accompli pour le bien du service (1). C'est ainsi qu'un grand nombre d'actes qui, précédemment, n'auraient pu être annulés pour détournement de pouvoir, ni pour erreur de droit ou de fait vont tomber sous la prise du contentieux.

### I. Adjudications publiques

A titre d'exemple, nous pouvons signaler, tout d'abord, l'arrêt *Lespinasse* (déjà cité en note p. 233) du 4 août 1905, (S. 07.3.105), rendu par le Conseil d'Etat sur recours pour excès de pouvoir formé contre une décision ministérielle qui avait exclu un fournisseur, pour l'avenir, de toute participation à certaines adjudications administratives.

Alors qu'en 1901 (Cons. d'Et. 26 juillet 1901 *Daurat-Brun* S. 04.3.76), le Conseil avait encore affirmé « que  
« la décision par laquelle le ministre de la guerre a exclu  
« le sieur D... de toute participation aux fournitures de  
« l'armée a été prise dans la limite des pouvoirs conférés  
« aux ministres et qu'ainsi cette décision ne peut, *quelles*  
« *que soient les circonstances dans lesquelles elle est inter-*  
« *venue*, être discutée devant le Conseil d'Etat par la voie  
« contentieuse », il déclare dans l'arrêt susvisé « qu'en  
« excluant le sieur L... de toute participation aux adjudication des services de la guerre, le ministre s'est fondé  
« sur des motifs étrangers, soit à l'exécution des marchés  
« dont le requérant était titulaire, soit à la situation où à  
« la capacité professionnelle du sieur L..., que, par suite, il  
« ne pouvait exclure le requérant à l'avance et par une  
« mesure générale de toute adjudication future ». Et même si l'on admet que pour l'arrêt de 1901 il peut y avoir doute sur la doctrine du juge, étant données les circonstances

(1) Cf. ALIBERT, *op. cit.*, p. 84 *in fine*.

particulières dans lesquelles la décision administrative entreprise dans l'affaire était intervenue, alors que, d'autre part, en ces matières, le pouvoir d'appréciation du ministre est très étendu, on peut cependant constater un progrès évident dans les formules employées, par la suite, par le Conseil d'Etat.

Mais le commissaire du gouvernement, M. Saint-Paul, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Lespinasse*, s'exprime encore, semble-t-il, avec une extrême prudence. En effet, tout en reconnaissant que « à moins de relever contre le « sieur L... une infraction au cahier des charges — ce qui « n'était point le cas —, il n'appartenait pas au ministre « de prononcer contre cet industriel, par une décision « expresse qui lui a été notifiée, une exclusion générale « de tous les marchés à venir, pour des causes manifeste-  
« ment étrangères à l'exécution des obligations qu'il avait « assumées », il tient à préciser que le ministre « avait le « droit, assurément, de donner à ses subordonnés les ins-  
« tructions nécessaires en vue de faire rayer à l'avenir le « nom du sieur Lespinasse de toutes les listes d'entrepre-  
« neurs admis à concourir aux fournitures de la guerre, « chaque fois qu'il y aurait lieu de procéder à la passation « d'un marché, et que, du point de vue de la sauvegarde des « intérêts de l'Etat, cette *mesure d'ordre intérieur* eût été « suffisamment efficace ».

A notre avis, il y aurait lieu de faire certaines réserves sur l'opinion reproduite ci-dessus, touchant les pouvoirs appartenant à l'administration en matière d'admission au concours dans les adjudications publiques.

Il est exact que l'administration est libre d'écarter les candidats qui ne lui conviennent pas, nul n'ayant, bien entendu, un droit acquis à ce que son nom soit inscrit sur la liste des candidats admis à concourir. Aussi l'administration supérieure a-t-elle le droit incontestable de donner aux agents subordonnés des instructions à l'effet de faire écarter, lors de l'établissement des listes de candidats, les noms d'entrepreneurs considérés comme indésirables. Comme le fait

justement remarquer le commissaire du gouvernement, on se trouve ici en présence de mesures *d'ordre purement intérieur*, qui, comme telles, ne sauraient être attaquées par des tiers étrangers à l'administration.

Est-ce à dire que celle-ci pourrait librement faire usage de ce moyen pour écarter des entrepreneurs pour des raisons absolument étrangères à l'intérêt public ? Nous ne le pensons pas, l'administration ne devant jamais, même par des mesures d'ordre intérieur, violer les principes de la bonne administration.

Si le fournisseur exclu de la liste des candidats admis à concourir ne dispose d'aucun recours direct contre les instructions données par le chef de service à ses subordonnés, puisque celles-ci n'intéressent que la discipline de l'institution et ne produisent, par conséquent, par elles-mêmes, aucun effet de droit immédiat à son encontre, il semble, cependant, que l'intéressé dût être admis à se prévaloir de l'instruction de service pour attaquer, le cas échéant, la décision portant refus d'inscription pour détournement de pouvoir révélé par cette instruction. Ainsi, même dans les cas où, sans procéder par voie de *décision générale notifiée à l'intéressé*, le ministre se serait contenté de prendre une disposition d'ordre intérieur prescrivant aux agents compétents de ne plus inscrire, lors de la passation d'un marché de fournitures, le nom d'un entrepreneur déterminé sur les listes des candidats admis à concourir, le fournisseur évincé devrait bénéficier d'un recours pour établir que, ladite instruction ayant été donnée dans un but absolument étranger à la bonne exécution des marchés, la décision de refus à lui notifiée est entachée de *détournement de pouvoir*. Il est vrai seulement que, dans la plupart des cas, la preuve de ce vice ne pourra être faite, l'instruction de service et le motif réel qui l'a déterminée échappant généralement à la connaissance des intéressés.

Quoi qu'il en soit, et pour revenir au point qui nous intéresse particulièrement, il nous suffit de constater que dans l'arrêt *Lespinasse*, le juge administratif a nettement écarté

la théorie de l'acte discrétionnaire appliquée précédemment aux décisions portant refus d'admission à des concours d'adjudications publiques.

## II. Mesures disciplinaires, mutations, licenciements et révocations de fonctionnaires

Les mesures disciplinaires, les décisions de mutation, licenciement et révocation, prises à l'encontre d'agents de l'administration perdent *dérnitivement* leur caractère discrétionnaire.

Le Conseil d'Etat annule sans difficulté des mesures disciplinaires prises par l'autorité compétente dans un but autre que l'intérêt du service (1). D'autre part, lorsqu'il rejette des recours en invoquant le fait qu'il ne lui appartient pas d'apprécier les motifs des mesures attaquées par les intéressés, il relève généralement, d'une façon expresse, l'absence de *détournement de pouvoir* et réserve la possibilité du recours basé sur ce vice (2).

## III. Dissolutions de conseils municipaux

Les recours dirigés contre les mesures gouvernementales portant dissolution de conseils municipaux sont, dorénavant, reçus sans aucune réserve.

Alors qu'en 1902, tout en annulant dans l'arrêt *Grazietti* (V. ci-dessus p. 180), la décision qui lui était déférée, le Conseil d'Etat avait encore tenu à faire une déclaration de principe sur l'impossibilité de discuter au contentieux les motifs d'un décret de dissolution d'un conseil municipal, il reconnaît franchement, en 1907, aux intéressés le droit de demander l'annulation de tels décrets pour *détournement de pouvoir*.

L'arrêt du 18 janvier 1907 *Séjourné* est très net à cet égard. Le Conseil ne rejette la requête des intéressés comme non-fondée qu'après avoir constaté, d'une manière expresse,

(1) Cf. not. Cons. d'Et. 28 novembre 1913, *Petrolacci*.

(2) Cf. Cons. d'Et. 10 avril 1908 *Sieur Lemmert*; 8 janvier 1909 *Roux*; 12 mai 1911 *Bergès*; 20 juin 1913 *Bérenquier*; 28 novembre 1919 *Dhers*.

« que les requérants ne relèvent contre ledit décret aucun  
 « *détournement de pouvoir* et qu'ils ne sont pas recevables  
 « à discuter devant le Conseil d'Etat... *l'opportunité* d'une  
 « mesure prise par le Président de la République dans la  
 « limite de ses attributions ». Une comparaison entre les  
 termes de cette décision et l'arrêt *Grazietti* de 1902 fera  
 ressortir l'importance du progrès réalisé à ce sujet par la  
 jurisprudence administrative.

Il est intéressant de noter à cet égard que le ministre de  
 l'Intérieur, dans ses observations présentées sur le recours,  
 avait encore allégué que le droit de dissolution constituait  
 un *acte de pure administration* qui ne se trouvait limité que  
 par les garanties de forme inscrites dans l'article 43 de la loi  
 du 5 avril 1884.

#### IV. Nominations de fonctionnaires

Nous trouvons encore d'autres exemples frappants de ces  
 revirements de jurisprudence dans la matière des nomina-  
 tions de fonctionnaires.

En 1904 encore (1) les nominations de fonctionnaires,  
 ainsi que l'admission de candidats à un concours, étaient  
 considérées comme rentrant dans le pouvoir absolu de  
 l'administration. On avait érigé en principe que le gou-  
 vernement devait rester *maître* du choix de ses fonction-  
 naires et qu'il n'avait aucunement à rendre compte au  
 juge des motifs ayant pu déterminer ce choix discrétion-  
 naire. Or, à mesure qu'on se rendit compte que, sur ce  
 point, les anciennes conceptions ne pouvaient plus être inté-  
 gralement maintenues, on finit par admettre qu'en cette  
 matière l'exercice des pouvoirs appartenant au gouverne-  
 ment devait suivre le sort de tout acte administratif et tom-  
 ber, dans tous les cas, sous l'application du contrôle conten-  
 tieux. Les actes portant nomination et révocation de fonc-  
 tionnaires seront dorénavant définitivement dépouillés de  
 leur caractère discrétionnaire.

(1) Cf. JÈZE, *Théorie générale de la compétence*, Rev. dr. p. 1923,  
 p. 62, n. 1; v. aussi Rev. dr. p., 1904, p. 530.

L'arrêt *Bouteyre* du 10 mai 1912, rendu par le Conseil d'Etat sur recours formé contre un refus d'admission d'un candidat à un concours, reconnaît implicitement que les refus de ce genre ne peuvent être absolument discrétionnaires.

En l'espèce, le Conseil a rejeté le recours au fond.

L'arrêt mérite d'être retenu en raison de la doctrine qui s'y affirme en ce qui concerne l'admissibilité des candidats ecclésiastiques aux concours d'agrégation de l'enseignement secondaire. Considérant que « l'agrégation a été instituée « exclusivement en vue du recrutement de professeurs de « l'enseignement secondaire... que les textes... ont donc pu « légalement, étant donné ce caractère de l'agrégation, ne « pas la rendre applicable à tous, mais la réserver aux can- « didats agréés par le ministre, chef responsable de l'ensei- « gnement secondaire public, comme pouvant être éven- « tuellement chargés des fonctions de professeur dans un « lycée ou dans un collège », le Conseil déclare « qu'en « refusant, par la décision attaquée, d'admettre le requérant « à prendre part au concours d'agrégation de philosophie, « le ministre de l'Instruction publique n'a fait qu'user à « l'égard de ce candidat, dans l'intérêt du service placé sous « son autorité, du droit d'appréciation qui lui a été « réservé... » (V. dans le même sens l'arrêt du 30 juillet 1920, rendu sur la même question soulevée par le même requérant).

Cet arrêt n'a pas manqué de provoquer certaines discussions. M. Jèze (1) l'approuve sans réserve ; il estime, en effet, qu'en l'espèce le Conseil d'Etat a fait une juste application du principe de la *neutralité* absolue des enseignements primaire et secondaire. Le juge administratif aurait rendu une décision conforme à l'esprit de notre législation. Par contre, M. Hauriou fait des réserves expresses sur la solution que nous venons de reproduire. Il estime qu'en l'absence de toute disposition *générale* établissant l'*incompatibilité* entre

(1) Cf. *Rev. dr. p.*, 1912, p. 453 et s.; G. JÈZE, *L'entrée au service public*, *Rev. dr. p.* 1927, p. 422 et s.

la situation de professeur de l'enseignement secondaire et l'état ecclésiastique, il ne pouvait appartenir au ministre d'écarter par voie de décision *individuelle* un prêtre du concours d'agrégation (1). L'arrêt est également sévèrement critiqué par M. Duguit (2).

A première vue, ces critiques paraissent justifiées. Etant donné que, depuis la loi de séparation, la République ne reconnaît plus aucun culte et qu'en principe les membres du clergé se trouvent vis-à-vis de l'administration dans une situation légale égale à celle des autres citoyens, on peut se demander si les décisions administratives écartant, en dehors de tout motif individuel pouvant justifier une pareille mesure, des personnes déterminées des fonctions publiques en raison de leur appartenance au clergé, ne devraient pas être considérées comme comportant *erreur de droit*.

On peut estimer, cependant, que, dans notre affaire, il n'y a pas eu, de la part de l'administration, atteinte positive au principe de l'égalité de tous devant la loi. En effet, il semble qu'on puisse admettre, par un raisonnement quelque peu subtil, il est vrai, que la décision ministérielle attaquée par l'intéressé n'impliquait pas l'affirmation, à *titre de règle*, de l'existence d'une *incompatibilité* absolue et générale entre l'état ecclésiastique et la qualité de professeur de l'enseignement secondaire. Le ministre s'est contenté de faire usage de son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt du service dont il est responsable. Il faut croire que si, dans des cas de ce genre, le ministre poursuivait un but étranger à l'intérêt du service, qu'il lui appartient, d'ailleurs, d'apprécier en toute liberté, le Conseil d'Etat ne manquerait pas de censurer l'attitude de l'administration. Mais, en l'espèce, l'hypothèse du détournement de pouvoir paraissait devoir être écartée du fait même que le ministre, sans s'arrêter à un parti pris dirigé spécialement contre les membres du clergé, auquel appartenait le requérant, avait pu, en vue du bon fonctionnement du service dont il est le chef responsable, faire

(1) Note sous l'arrêt au S. 12.3.145.

(2) L. DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 133.

usage de la directive, d'ailleurs *généralement* suivie par l'administration, qui crée, à tort ou à raison, dans l'intérêt du service, une incompatibilité entre la situation de professeur de l'enseignement secondaire et l'état ecclésiastique (1).

Dans ses conclusions présentées dans cette affaire, M. Helbronner, commissaire du gouvernement, a fait justement remarquer que si, en matière de nominations de fonctionnaires, les pouvoirs de l'administration sont en principe très étendus, « la théorie suivant laquelle il n'y avait pas, en « cette matière, de contrôle juridictionnel, la théorie de « l'acte *discrétionnaire* est aujourd'hui abandonnée ». Et il donne la définition suivante du pouvoir *discrétionnaire* de l'administration : « C'est, dit-il, un plein pouvoir d'appré- « ciation pour celui qui en est investi, à condition qu'il « l'exerce légitimement et dans le but pour lequel il a « été créé. Les conditions dans lesquelles il s'exerce échappent en principe au contrôle du juge, à moins qu'elles ne « puissent constituer un détournement de pouvoir ».

#### V. Refus de permissions de voirie

Les progrès réalisés dans la voie de la suppression de la catégorie des actes *discrétionnaires* se vérifient également dans la matière des permissions de voirie. L'octroi et le refus de ces permissions ont définitivement perdu leur caractère *discrétionnaire* (2). Peut-être ce résultat, a-t-il été indirectement provoqué, notamment, par le vote de la loi du 15 juin 1906, qui comportait certaines prescriptions relatives à la délivrance des permissions de voirie en vue du transport et de la distribution d'énergie électrique.

Mentionnons, à ce sujet, l'arrêt du 11 avril 1913 *Com-*

(1) V., au surplus, les conclusions de M. HELBRONNER (*Rev. dr. p.* 1912, p. 457 et s.) qui ne correspondent pas absolument au point de vue exposé au texte.

(2) En 1902, M. ROMIEU, commissaire du gouvernement, avait encore déclaré que pour la délivrance ou le refus des permissions de voirie, l'autorité administrative avait « un pouvoir absolument *discrétionnaire* » (concl. dans l'aff. *Goret* précitée).



*Compagnie des tramways de l'Est Parisien* (S. 14.3.113) dans lequel le Conseil d'Etat, après avoir constaté que la loi de 1906 ne reconnaît aux particuliers « aucun droit à l'obtention de permissions de voirie pour l'établissement de canalisations électriques dans le sous-sol des voies publiques » et que « l'octroi des permissions de cette nature rentre, après comme avant la loi du 15 juin 1906, dans le pouvoir d'appréciation de l'administration, à laquelle il appartient de juger si la sauvegarde des intérêts généraux dont elle a la charge ne doit pas s'opposer à l'admission des demandes qui lui sont soumises », déclare qu'en l'espèce le motif donné par le préfet de son refus était irrégulier parce qu'il portait que « les compagnies concessionnaires de tramways, autorisées à installer des canalisations électriques sur la voie publique, ne peuvent utiliser ces canalisations que pour la traction de leurs voitures et que, dans ces conditions, cette décision méconnaissait les dispositions de la loi du 15 juin 1906, et devait par suite être annulée pour excès de pouvoir ». L'annulation eut donc lieu pour *erreur de droit* commis dans l'interprétation de la loi du 15 juin 1906.

Des solutions analogues ont été données par le Conseil d'Etat dans ses arrêts du 9 juin 1920 *Compagnie des tramways de l'Est Parisien* ; 4 février 1921 et 4 août 1922 *Compagnie du Bourbonnais*, solutions dont il ressort, par ailleurs, qu'en cette matière, le détournement de pouvoir, si le Conseil d'Etat consent à le censurer, est néanmoins, dans la plupart des cas, difficile à établir.

Dans la première de ces affaires, le juge, après examen du dossier, fut amené à constater que le préfet de la Seine n'avait pas « usé de ses pouvoirs pour des considérations étrangères à l'intérêt général ». La décision administrative était donc conforme aux règles de la bonne administration.

Dans la seconde affaire, le Conseil affirme que « si l'administration, à l'égard des exploitants de distributions d'énergie électrique par voie de permission de voirie, a le droit de décider souverainement dans chaque cas d'es-

« pèce, s'il convient ou non, dans l'intérêt général, d'accor-  
 « der de nouvelles permissions de voirie destinées à étendre  
 « le réseau de la distribution, elle ne saurait, pour motiver  
 « son refus, se fonder sur ce que l'octroi de ces permissions  
 « serait irrégulier par le fait seul qu'il ne rentrerait pas  
 « dans les cas prévus par les circulaires ministérielles »  
 (du 3 août 1908 et 1<sup>er</sup> octobre 1912), et après avoir constaté  
 1<sup>o</sup> que « le refus opposé, par la décision attaquée, à la  
 « demande de permission de voirie... était fondée sur  
 « l'unique motif que les permissions de voirie précédem-  
 « ment accordées ne rentrant pas dans les cas prévus par les  
 « circulaires ministérielles, la société requérante se trouve-  
 « rait dans une situation irrégulière qui ne permettrait pas  
 « à l'administration de lui accorder des autorisations nou-  
 « velles », 2<sup>o</sup> « qu'une telle décision méconnaissait les dispo-  
 « sitions... des articles 3 et 26 de la loi du 15 juin 1906 », le  
 Conseil d'Etat annula la décision de refus. Nous remarquons  
 qu'ici encore, il y a annulation pour *erreur de droit*.

Mais l'administration ne se tint pas pour battue. Le minis-  
 tre refuse, une seconde fois, la délivrance de la permission  
 en prétextant la sauvegarde des intérêts généraux dont il  
 avait la garde. Or, nous savons que les motifs pouvant justi-  
 fier les refus de délivrance de permissions de voirie peuvent  
 être tirés de la nécessité de la sauvegarde des *intérêts géné-  
 raux*. C'est ainsi que si, dès le début, la décision ministé-  
 rielle attaquée avait exprimé un pareil motif, le Conseil  
 d'Etat n'aurait, sans doute, eu aucun moyen pratique de  
 découvrir le détournement de pouvoir, les pouvoirs de l'ad-  
 ministration n'étant pas liés, en cette matière, à la poursuite  
 d'un *but spécial*. Dans notre affaire, cependant, le vice de  
 l'acte était évident, car il résultait nettement du seul rappro-  
 chement de la deuxième décision ministérielle avec la déci-  
 sion antérieurement annulée. Tenant compte de cet état de  
 choses, le juge n'hésita pas à annuler pour *détournement de  
 pouvoir*.

« Considérant, est-il dit dans l'arrêt, « que le ministre des  
 « Travaux publics avait l'obligation de rechercher si l'inté-

« rêt général s'opposait ou non à l'adoption d'un projet qui  
 « apparaissait comme ne tendant qu'à assurer la meilleure  
 « utilisation du réseau préexistant ; — qu'au lieu de se  
 « livrer à cette appréciation de fait des éléments de la cause,  
 « il s'est borné à refuser une seconde fois la permission dont  
 « il s'agit, en alléguant, il est vrai, pour écarter les appa-  
 « rences d'une nouvelle erreur de droit, que l'intérêt géné-  
 « ral s'opposait à ce que la demande de la compagnie requé-  
 « rante fût favorablement accueillie, mais qu'une telle  
 « allégation, *qui n'est qu'une pure déclaration de principe,*  
 « n'est pas de nature, *dans les circonstances où elle s'est*  
 « *produite*, à changer le véritable caractère de la décision  
 « attaquée, laquelle n'est en réalité que la reproduction de  
 « la première décision, et à en empêcher l'annula-  
 tion... etc. ».

Il ne faudrait pas croire que, par sa formule précise, le Conseil d'Etat eût voulu établir l'obligation, pour l'administration, d'énoncer les motifs de son refus. L'arrêt signifie simplement que, dans les circonstances de l'affaire, le ministre, si vraiment il avait de justes raisons d'écarter la demande, aurait dû, pour éviter l'annulation, exprimer des motifs précis qui seuls auraient pu établir d'une façon non équivoque qu'il n'avait pas changé la formule de sa première décision pour se soustraire aux conséquences de la décision juridictionnelle antérieurement rendue. Le fait qu'il s'était contenté d'énoncer un motif absolument général démontrait suffisamment le détournement de pouvoir (V. à ce sujet la note anonyme au S. 24.3.64) (1).

Un cas de détournement de pouvoir caractérisé, en matière de délivrance de permissions de voirie, a été relevé par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 14 novembre 1913 *Heuzé* (D. 20.3.20). Un maire avait refusé à une personne déterminée l'autorisation de relier son immeuble à une canalisation existante sous la voie publique bien que précédemment il ne se fût pas opposé à l'établissement de cette canalisa-

(1) V. à propos de ces arrêts A. MESTRE, *Les refus des permissions de voirie*, p. 16 et s. et la note signée L. J. au D. 22.3.57,

tion. Le refus du maire avait été inspiré par le désir de réserver le bénéfice de la fourniture de l'eau aux usagers du service des eaux de la commune administrée par lui. Le Conseil d'Etat, considérant « que le maire... avait fait usage « des pouvoirs qu'il tient de la loi du 5 avril 1884 pour la « *police et la conservation des voies publiques* dans un but « autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés », annule pour excès de pouvoir (1).

#### VI. Suppressions d'offices ministériels

L'évolution qui s'est produite en jurisprudence en ce qui concerne le caractère discrétionnaire des actes de délivrance ou de refus de permissions de voirie s'est également esquissée dans la matière des suppressions d'offices ministériels, notamment des études d'avoués, et des attributions d'indemnités consécutives à ces suppressions.

A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les décisions gouvernementales portant suppression d'offices ministériels et répartition d'indemnités étaient encore considérées comme des *actes discrétionnaires* ne pouvant comme tels faire l'objet d'un débat contentieux (V. not. Cons. d'Etat 11 juin 1886 *Lasserre* S. 88.3.20). Au début de notre siècle, le Conseil d'Etat continuait à ne faire porter son examen que sur l'observation par l'administration des formes légales. Dans un arrêt du 18 mars 1921 *Dame Vallecalle* (S. 24.3.66) il déclare encore « que le décret attaqué (portant suppression « d'une charge d'avoué et distribution d'indemnité) a été

(1) Remarquons qu'en ce qui concerne les retraits de permissions de voirie, le Conseil d'Etat maintient, au cours de la période qui fait actuellement l'objet de notre étude, le point de vue déjà soutenu antérieurement. Dans un arrêt du 30 janvier 1914 *Magnard*, et après avoir constaté que le maire avait reconnu lui-même « que le retrait des autorisations n'était pas exigé pour la sauvegarde des intérêts de la voirie, « mais avait été inspiré par la considération d'un *intérêt financier* de la « commune, *étranger au régime des permissions de voirie* », il déclare que les arrêtés de retrait avaient été pris par le maire « dans un but « autre que celui en vue duquel les pouvoirs qu'il tient de la loi du « 5 avril 1884 lui ont été conférés ».

« pris par le Président de la République en vertu des pouvoirs qui résultent pour lui des lois du 27 ventôse an 8, et de la loi du 6 juillet 1810, après accomplissement des formalités exigées par ces lois » et que la requérante n'était « pas recevable à discuter devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux le montant de l'indemnité », sans rechercher si, par ailleurs, la décision prise pouvait être entachée d'excès de pouvoir.

En ce qui concerne plus spécialement la question de la répartition de l'indemnité prévue par la loi, on constate un revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Delacou, Belin et autres* du 7 décembre 1923 (S. 24.3.66) dans lequel le Conseil d'Etat, contrôlant l'usage fait par l'administration de ses pouvoirs légaux, déclare qu'en répartissant l'indemnité à verser aux héritiers du titulaire d'un office supprimé, le gouvernement « ne s'est proposé d'autre objet que de concilier, comme le soin lui en incombait, les divers intérêts en présence ». Cet arrêt marque ainsi, par la possibilité de contrôle qu'il admet implicitement, un pas de plus dans la voie de la moralisation de l'activité administrative (1).

#### VII. Dissolutions de congrégations religieuses

Quant à la question de la dissolution des congrégations religieuses, on pourrait se demander si le Conseil d'Etat a réellement eu l'intention bien nette d'écarter, sur ce point, sans réserve aucune et d'une façon absolue, tous les vestiges de l'ancienne conception de l'acte discrétionnaire.

En effet, dans ses arrêts, le Conseil insiste toujours, d'une manière toute particulière, sur l'importance des pouvoirs attribués à l'autorité administrative. Il déclare formellement que le législateur n'a entendu soumettre le droit de dissolution à aucune condition et qu'il a voulu laisser au gouvernement un pouvoir d'appréciation des plus larges. Si cette théorie n'exclut pas, de prime d'abord, tout contrôle contentieux de la moralité des mesures prises par le gouverne-

(1) Cf. sur ces points la note anonyme sous ces arrêts au S. 24.3.66.

ment, il convient cependant d'avouer qu'en fait une pareille affirmation aboutit à reconnaître, en dernière analyse, à l'administration un pouvoir discrétionnaire des plus étendus, voire même presque absolu. Ce point de vue semble avoir toujours été maintenu par le Conseil d'Etat et il l'a, notamment, amené à refuser d'appliquer en cette matière la théorie jurisprudentielle de l'erreur de fait dans toutes ses conséquences.

En 1921, les formules sont encore les mêmes qu'en 1910 (1). Un exemple le démontrera :

En 1914, une dame Leducq s'adresse au Conseil d'Etat pour faire annuler un décret rendu en conseil des ministres et prononçant la dissolution d'une congrégation religieuse sous prétexte que celle-ci avait perdu toute importance et ne rendait plus guère de services. Ce décret reposait, selon toute apparence, sur une erreur de fait. D'après la jurisprudence admise par le Conseil d'Etat en cette matière, jurisprudence que nous aurons l'occasion d'étudier plus tard, le Conseil d'Etat aurait pu avoir de justes motifs d'annuler le décret prononçant la dissolution pour excès de pouvoir. Cependant, le haut tribunal administratif affirme encore « que, en conférant, par l'art. 13 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, au Président de la République, en conseil des ministres, le droit de dissoudre les congrégations, le législateur a entendu ne subordonner ce droit à aucune condition et laisser au gouvernement le soin d'apprécier les circonstances exceptionnelles qui peuvent en motiver l'usage ».

(1) Cons. d'Et. 27 mai 1910 *Congrégation des sœurs franciscaines de Saint-Chinian*; 21 juillet 1911 *Congrégation des Filles du Saint-Esprit à Saint-Brieuc*. « Considérant, est-il dit dans le premier de ces deux arrêts, « que les congrégations autorisées constituent des personnes morales « d'une nature particulière qui ont été, à toute époque, soumises à un « régime spécial et qui, au point de vue de leur mode de dissolution, « sont actuellement régies par le § 3 de l'article 13 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet « 1901; qu'en conférant par cet article au Président de la République, « en conseil des ministres, le droit de dissoudre ces congrégations, le « législateur a entendu ne subordonner le droit de dissolution à aucune « condition et laisser au gouvernement le soin d'apprécier les circon- « stances exceptionnelles qui peuvent en motiver l'usage... ».

Il estime « que si... une erreur a pu être commise, à l'époque où a été pris le décret de dissolution de la congrégation..., quant à l'appréciation des services rendus par celle-ci dans l'accomplissement de son œuvre hospitalière, les faits relevés ne sont pas par eux-mêmes de nature à motiver l'annulation dudit décret pour excès de pouvoir par le Conseil d'Etat statuant au contentieux », qu'il appartiendrait à l'administration elle-même, qui signale les mérites de la congrégation pendant la guerre, de réparer l'erreur d'appréciation commise par elle, en provoquant le retrait du décret de dissolution alors qu'il n'avait encore reçu aucun commencement d'exécution.

S'il est incontestable qu'en l'espèce le Conseil d'Etat n'a pas ressuscité la théorie périmée de l'acte discrétionnaire, on ne peut cependant se dissimuler qu'il aurait pu, pour éviter toute équivoque, assouplir ses formules, par trop catégoriques, et l'on est en droit d'en conclure que le juge administratif a fait des décrets de dissolution des congrégations religieuses, en raison des discussions que cette matière délicate soulève toujours dans le public, une catégorie à part, en leur appliquant une conception critiquable d'après laquelle certains *actes de police*, dont les buts ne sont pas bien saisissables, ne doivent, en général, être annulés par le juge que pour vices formels.

Et, cependant, le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative ne saurait, même dans les cas qui se compliquent de considérations d'ordre public, la question des actes de gouvernement étant hors de cause, être considéré comme absolu ; il est, comme nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, toujours limité par les principes de la bonne administration ou de la moralité administrative quelque étendus que puissent être, par ailleurs, les pouvoirs conférés à ce sujet par la loi à l'autorité administrative.

Dans notre affaire, le Conseil d'Etat s'est, du reste, lui-même rendu compte de ce que paraissait exiger l'équité, étant donné qu'après avoir posé le principe du pouvoir absolu de l'administration, il s'est cru obligé de suggérer

spécialement, à la fin de son arrêt, au ministre de réparer son erreur d'appréciation, ce qui constituait déjà une atténuation sensible de la solution à laquelle il s'était arrêté (1).

#### VIII. Retraits de naturalisations

Mentionnons encore que les arrêts du 7 juillet 1916, *Dreifuss et Lévi* (S. 17.3.41) marquent d'une façon bien nette que le Conseil d'Etat a renoncé, en principe, à la théorie de l'acte discrétionnaire.

Dans ces espèces le juge a consenti à examiner au fond des requêtes tendant à l'annulation de mesures administratives qui étaient intervenues en matière de retraits de naturalisation prononcés par application de la loi du 7 avril 1915 et du décret du 24 avril 1915. « Si ces affaires, « dit justement M. Hauriou, s'étaient produites au temps « où régnait la doctrine des actes discrétionnaires, le com- « missaire du gouvernement aurait eu beau jeu pour faire « déclarer le recours non recevable. Non seulement il aurait « pu argumenter du texte de la loi... mais il aurait fait « remarquer combien cette révision d'office des naturalisa- « tions d'avant-guerre, dans les conditions où le législateur « la prescrivait, impliquait de pouvoir discrétionnaire (2). »

### SECTION IV

#### Extension du contrôle de la violation de la loi sous l'influence de la théorie du détournement de pouvoir

Les solutions que nous avons examinées plus haut prouvent suffisamment combien le contrôle du détournement de pouvoir s'est à la fois précisé et développé depuis la fin du

(1) Cons. d'Et. 18 février 1921 *Leducq*. V. cep. Cons. d'Et. 22 février 1918 *Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon*. Cet arrêt annule un décret portant fermeture d'un établissement congréganiste, à titre de mesure d'ordre, pour le motif que cet établissement avait disparu.

(2) Cf. encore Cons. d'Et. 22 avril 1921 *Leloutre* (S.23.3.25. avec la note de M. HAURIOU) (recevabilité d'une requête tendant à l'annulation d'un refus de délivrance de passeport opposé par un consul).



xix<sup>e</sup> siècle (1). Pour compléter notre exposé nous voudrions encore mentionner que le contrôle de la légalité proprement dite s'est lui-même élargi sous l'influence de cette évolution.

On peut considérer, en effet, que l'ampleur prise par le principe de la *légalité* a été amenée par le développement de l'ouverture du *détournement de pouvoir*.

A la fin du xix<sup>e</sup> siècle, il était encore généralement admis qu'une autorité administrative locale pût violer les règlements faits par elle, voire même des règlements édictés par l'autorité supérieure, sans risquer de voir annuler sa décision irrégulière. Le principe de la légalité n'était efficacement sanctionné qu'en ce qui concerne l'observation par l'autorité administrative des prescriptions portées par les lois et règlements faits par le chef de l'Etat (Cf. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 536). Après 1900, cet état de choses devait se modifier.

Cependant, l'évolution ne s'est faite que par étapes. Sans relever expressément l'*illégalité* proprement dite, on commence, semble-t-il, par reconnaître qu'il serait pour le moins contraire aux principes de la bonne administration

(1) Notons encore, pour compléter notre étude sur les solutions de la jurisprudence administrative en matière de détournement de pouvoir, qu'à une époque relativement récente, le Conseil d'Etat s'est efforcé de réprimer les agissements d'agents administratifs locaux qui interviennent dans l'*exécution des contrats administratifs* par l'exercice irrégulier de leur *pouvoir de police*. « Lorsque, déclare M. ALIBERT (*op. cit.*, p. 252), « les lois et règlements ont édicté des règles de police applicables à « un service public concédé, ces règles se superposent aux disposi- « tions contractuelles qui sont tout à la fois la loi des parties et la « loi du service... cette situation est exceptionnelle. Les contrats admi- « nistratifs, en effet, se suffisent presque toujours à eux-mêmes, et, à « moins d'une disposition législative formelle, l'autorité publique « tient des seules clauses contractuelles le droit d'appliquer des sanc- « tions ». Par arrêt du 5 janvier 1924 *Compagnie industrielle du gaz et de l'électricité*, notamment, le Conseil d'Etat a jugé que si un maire estimait devoir contraindre une compagnie concessionnaire d'un service public à respecter ses engagements, « il lui appartenait d'appli- « quer les pénalités prévues au traité de concession, sauf réclamation « de la compagnie devant la juridiction compétente; mais il ne pouvait, « sans excéder ses pouvoirs assurer l'exécution dudit traité par une « prescription de police ayant pour sanction les dispositions de l'article « 471, n° 15 du Code pénal » (V. sous cet arrêt au S. 26.3.33 la note de M. HAURIOU qui insiste sur la distinction à établir entre la *police de l'ordre public territorial* et la *police organique des services communaux*).

qu'une autorité pût librement violer, dans une décision d'espèce, un règlement général. Les décisions intervenues dans ces conditions seront donc considérées comme entachées de détournement de pouvoir.

M. Hauriou relève des applications de cette idée dans les arrêts *Delloye* du 29 décembre 1905 et *Vincens* du 12 janvier 1906 (S. 06.3.113) dans lesquels le Conseil d'Etat annule pour excès de pouvoir, d'une part, une décision préfectorale prise en violation d'un règlement fait par le conseil général, d'autre part, une décision d'un maire prise en violation d'un de ses propres règlements de police (1).

(1) La décision *Delloye* peut, d'ailleurs, encore être considérée comme une application régulière et normale du contrôle du détournement de pouvoir (Rappr. de cette décision Cons. d'Et. 17 mai 1907 *Société philharmonique de Fumay*).

Dans sa note sous ses arrêts, M. HAURIOU remarque que « le Conseil d'Etat n'affirme pas tout de suite qu'il s'agit d'une violation de la « légalité », mais que « il invoque plutôt le détournement de pouvoir ». Celui-ci, dit l'auteur, « est à la fois une espèce d'incompétence et une « espèce de violation de la légalité; la violation de la loi, à son tour, est « une espèce de détournement de pouvoir » (V. égal. l'arrêt *Roubeau et autres* du 17 mars 1911 qui marque déjà la fin de cette évolution. Cet arrêt annule, pour excès de pouvoir, un arrêté du maire de Vichy ayant autorisé par mesure individuelle, dans le but de favoriser un particulier et d'obtenir ainsi un prix plus élevé, la construction d'un immeuble dépassant, en hauteur, le maximum prévu au règlement sanitaire municipal, alors que ledit règlement ne prévoyait nullement de pareilles dérogations).

Remarquons, dans cet ordre d'idées, que l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours formés contre les instructions de service, qui ont longtemps été considérées comme devant échapper d'une façon absolue au contrôle du juge, alors même que le requérant n'était pas un tiers étranger à l'administration, semble s'être faite, au fond, bien plus sur la base de considérations de moralité que sous l'effet de considérations de légalité proprement dite (Cf. Cons. d'Et. 24 novembre 1916 *Fabre*; 22 février 1918 *Cochet d'Haltecourt* S. 21.3.9. avec la note de M. HAURIOU; cf. en ce qui concerne l'étendue du contrôle exercé par le Conseil d'Etat: Jacques CHEVALIER, *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, thèse Nancy, 1924, ainsi que l'importante note de l'auteur au D. 26.3.25).

D'autre part, le Conseil d'Etat aurait peut-être pu tirer profit des règles de la moralité administrative pour admettre, dans les cas les plus flagrants, la recevabilité de recours formés en raison de violations des règlements d'ordre intérieur des assemblées délibérantes par des membres de ces assemblées (Cf. Cons. d'Et. 22 mars 1912 *Le Moïgn* S. 13.3.105 et la note de M. HAURIOU; 27 février 1914 *Turmel* (2 arrêts).

Dans ces conditions, seules les mesures particulières d'ordre intérieur

Le fait que le Conseil d'Etat ne relève pas expressément l'illégalité proprement dite dans les cas de ce genre nous révèle encore qu'au fond toute l'institution du recours pour excès de pouvoir renferme un principe propre, qu'elle a été conçue comme une sanction de la *déontologie administrative* bien plus que comme la sanction de la *légalité* au sens précis de ce mot, qui elle-même, d'ailleurs, nous tenons à le rappeler ici, n'est, en somme, qu'un aspect *particulier* de la *moralité administrative*. Nous avons insisté plus haut sur les conséquences pouvant découler de ce point de vue (V. ci-dessus p. 53). Nous croyons inutile d'y revenir.

Nous voudrions remarquer, cependant, que si, dans ces conditions, la théorie du contrôle juridictionnel de l'administration nous apparaît avec un caractère quelque peu imprécis, et si les solutions pratiques qui en résultent sont souvent fort nuancées, la faute n'en est pas à la thèse que nous soutenons et qu'il est impossible de ne pas admettre dans toutes les conséquences qu'elle comporte, alors qu'on en a posé le principe, mais aux faits mouvants de la vie qui, abstraction faite de certains préceptes fermement établis et indispensables, ne saurait s'accommoder de règles rigides dont l'application rigoureuse aurait pour résultat de l'étouffer.

Au reste, ici comme ailleurs, il ne faut jamais oublier que « le droit n'est point une science exacte », qu'il est « une science morale, et, comme telle, faite de nuances et de contingences, vouée aux divergences d'appréciations et à de continuelles incertitudes » (Josserand, *Esprit des droits*, p. 58).

qui règlent, dans chaque cas, les *détails* d'ordre secondaire et matériel intéressant le mécanisme interne du fonctionnement des services publics, devraient absolument échapper au contrôle du juge de l'excès de pouvoir (Cf. ci-dessous, p. 466).

Notons que récemment, encore, le Conseil d'Etat a décidé que la violation par le conseil municipal de Paris de certaines dispositions relatives à son règlement intérieur ne constituait pas « la violation d'un règlement susceptible de donner ouverture au recours contentieux pour excès de pouvoir » (Cons. d'Et. 26 mars 1926 *Boulonnois* S. 27.3. 34). Il est vrai que le requérant était un tiers étranger à l'administration; mais ce fait n'a pas été spécialement retenu dans l'arrêt.

## CHAPITRE II

### **La jurisprudence administrative en matière de manifestations extérieures du culte**

---

Après avoir examiné des cas d'application variés du contrôle juridictionnel de la moralité administrative dans lesquels se traduisent, d'une façon éclatante, les efforts du Conseil d'Etat tendant à discipliner, dans la mesure de ses moyens, les diverses manifestations du pouvoir discrétionnaire de la puissance publique, nous aurons à nous occuper, dans le présent chapitre, des décisions du juge de l'excès de pouvoir intervenues dans la matière des manifestations extérieures du culte.

Cette matière, nous avons cru devoir la traiter à part, en raison des particularités qu'elle présente et parce qu'elle nous fournit également l'occasion de vérifier et de saisir sur le vif l'application de l'idée de la moralité administrative, dont nous connaissons déjà l'importance et la signification pratique, à des cas plus ou moins délicats, étant donné qu'il s'agit, en l'occurrence, de problèmes qui, sur le terrain politique, ont toujours suscité des passions ardentes.

Pour entrer immédiatement dans le fond du débat, remarquons, dès maintenant, que la question qui se pose est la suivante: un maire a-t-il le droit absolu d'interdire, en vertu de l'article 97 de la loi municipale et de l'article

27 de la loi du 9 décembre 1905, les manifestations extérieures du culte ? Voyons ce qu'il en est (1).

§ 1<sup>er</sup>. — *Processions et autres manifestations religieuses sur la voie publique*

I. Convois funèbres, port du viatique et processions proprement dites. — II. Processions traditionnelles. — III. Examen de quelques cas particuliers relatifs à l'interdiction de processions autres que celles fondées sur des traditions locales.

Nous savons déjà que chaque acte administratif doit tendre à une fin précise qui constitue son but propre ; les décisions prises en application des textes précités ne sauraient, bien entendu, échapper à cette règle. Aussi, les arrêtés de maire réglementant les manifestations religieuses sur la voie publique doivent-ils toujours se justifier et s'avérer justifiés par la nécessité du maintien de l'ordre et de la tranquillité publics. Dès lors, au premier abord, la question paraît se poser sous un aspect relativement simple.

Mais ne pourrait-on soutenir qu'étant donné l'état d'esprit d'une grande partie du public, il faut toujours présumer que les manifestations religieuses sur la voie publique sont de nature à provoquer des troubles et, par conséquent, à porter atteinte à l'ordre ? Un arrêté municipal portant interdiction générale des manifestations religieuses ne pourrait-il, dans ces conditions, être considéré comme régulier dans tous les cas ?

A ne s'en tenir qu'aux apparences, on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative.

Cependant, la question est plus complexe qu'on pourrait le croire au premier abord. En effet, dans cette matière, il convient de tenir compte, avant tout, des textes législatifs

(1) Nous n'avons pas à nous occuper ici du *recours pour abus* qui existait, avant 1905, sous le régime du Concordat; nous nous bornerons à examiner les solutions données aux questions soulevées par l'application de la loi du 9 décembre 1905 et des textes connexes.

spéciaux qui, en dehors de la loi de 1905, s'opposent à une interprétation trop large des pouvoirs appartenant à l'autorité administrative. Nous savons que la loi du 15 novembre 1887 garantit la liberté des funérailles et que la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres a également pris des précautions pour empêcher certains abus. La loi du 9 décembre 1905, elle-même, garantit, d'ailleurs, dans son article 1<sup>er</sup>, la *liberté de conscience* et le *libre exercice des cultes*.

Mais toutes ces dispositions étant nécessairement très vagues, les pouvoirs de l'administration ne sauraient être considérés comme sérieusement limités par le texte même de la loi.

I. — C'est ici que le pouvoir prétorien du juge a trouvé le champ libre pour l'élaboration de directives basées, notamment, sur des considérations d'équité et de bon sens. Le Conseil d'Etat s'est, tout d'abord, efforcé de protéger, par sa jurisprudence, celle des manifestations religieuses qui présentent un intérêt primordial pour l'exercice normal du culte catholique.

On ne saurait prétendre, en effet, que le *port du viatique* ou l'accompagnement à pied des *cortèges funèbres* par des prêtres revêtus de leurs ornements sacerdotaux pussent, en règle générale, porter atteinte à l'ordre et à la tranquillité publics. Bien entendu, au cas où, par impossible, l'ordre public serait réellement troublé d'une façon grave par de telles manifestations, le maire pourrait les interdire sans s'exposer au reproche d'avoir commis un excès de pouvoir.

a) Un des premiers arrêts qui aient exprimé ce point de vue est l'arrêt *Olivier* du 18 février 1909 (S. 09.3.34).

Dans cet arrêt, et, après avoir constaté tout d'abord, qu'en interdisant par son arrêté « les manifestations extérieures  
« du culte, consistant en processions, cortèges et cérémonies, le maire n'a fait qu'user des pouvoirs de police qui  
« lui sont conférés dans l'intérêt de l'ordre public », le haut

tribunal administratif déclare qu'il lui appartient, lorsqu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé contre un arrêté d'interdiction d'une manifestation religieuse, de rechercher, non seulement, si cet arrêté porte sur un *objet compris dans les attributions de l'autorité municipale*, mais encore « d'apprécier, *suivant les circonstances de la cause*, si le maire n'a pas... fait de ses pouvoirs un usage « non autorisé par la loi ». Et il prononce l'annulation de l'arrêté qui lui était déféré et par lequel le maire avait interdit « aux membres du clergé, revêtus de leurs habits « sacerdotaux, d'accompagner à pied les convois funèbres, « conformément à la *tradition locale* », alors qu'il résultait de l'instruction qu'*aucun motif tiré de la nécessité du maintien de l'ordre sur la voie publique* ne pouvait être invoqué et qu'au contraire il était établi que cette mesure avait été dictée « par des considérations étrangères « à l'objet en vue duquel l'autorité municipale a été chargée de régler le service des inhumations ».

Remarquons que le juge a évité de déclarer que, *dans aucun cas*, le maire ne pût être fondé à interdire aux membres du clergé d'accompagner à pied les convois funèbres en ornements sacerdotaux; il admet qu'en certaines circonstances, alors qu'aucune tradition locale ne s'y oppose, l'autorité administrative peut être en droit de porter pareille interdiction. Jamais, cependant, un maire ne pourrait légitimement édicter une mesure de ce genre lorsque la sortie des prêtres en ornements sacerdotaux est conforme aux *traditions locales* et qu'en réalité aucun motif spécial tiré de l'ordre public ne justifierait cette prohibition.

Dans notre affaire, le juge fut amené à annuler parce qu'il était évident que le maire s'était servi de ses pouvoirs en vue d'un but absolument étranger aux règles de la bonne administration (1).

(1) Il ne saurait davantage appartenir à l'autorité administrative d'interdire la cérémonie du *port du viatique* en dehors de tout motif spécial tiré de la nécessité du maintien de l'ordre public. Cf. Cons. d'Etat

b) Un examen superficiel des nécessités de la situation aurait pu amener le Conseil d'Etat à en rester là. Les exigences strictement interprétées de la liberté de conscience et les intérêts de l'ordre public pouvaient être considérés comme suffisamment sauvegardés. D'une part, il était reconnu que les cérémonies ayant lieu sur la voie publique à l'occasion du port du viatique et des enterrements devaient, généralement, être tolérées, d'autre part, les *processions* proprement dites, considérées comme étant par elles-mêmes de nature à provoquer des troubles, pouvaient toujours être interdites par l'autorité compétente.

On lit dans les conclusions présentées par M. Corneille, commissaire du gouvernement, dans l'affaire *David* du 8 avril 1911 (1) : « Vous avez nettement distingué... les « *processions* des autres manifestations extérieures du culte. « Pour les *processions*, vous vous contentez de constater « qu'en les interdisant, le maire n'a fait qu'user des pou- « voirs de police qui lui sont conférés dans l'intérêt de « l'ordre public. Pour le surplus des manifestations exté- « rieures du culte, vous déclarez qu'il vous appartient de « rechercher, d'apprécier, *suivant les circonstances de la « cause*, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pou- « voirs un usage non autorisé par la loi. Dans ce second « cas, il y a donc, en faveur de l'arrêté municipal, une « présomption d'ordre public, mais une *présomption sim- « ple* qui admet la preuve contraire; dans le premier cas, « au contraire, c'est une *présomption juris et de jure* ». De même, dans un autre passage de ces conclusions, nous rencontrons les phrases suivantes: « Vous avez, dit M. Cor- « neille, fait aux *processions* un sort à part parmi les « manifestations extérieures du culte... A raison de leur « caractère propre, à raison de la présence forcée d'une

19 mars 1909 *abbé Deguille* (S. 09.3.99 avec les conclusions de M. SAINT-PAUL); 12 mai 1911 *abbé Bourguignon* (S. 13.3.153 et la note). V. au surplus les conclusions de M. CHARDENET sous l'arrêt *Olivier* cité au texte.

(1) Cf. aussi la note anonyme au S. 13.3.153.



« foule, de l'existence nécessaire d'un rassemblement, il  
« peut toujours être utile d'interdire les processions, car  
« elles seraient toujours susceptibles de troubler l'ordre  
« public et la circulation ».

Du seul point de vue *légal*, cette argumentation ne saurait être critiquée, car l'on ne peut soutenir que les dispositions mêmes de la loi imposent au Conseil d'Etat l'obligation d'observer une attitude plus libérale en élargissant encore le domaine des manifestations religieuses ne pouvant être prohibées sans motif spécial (1).

II. — a) Cependant, afin de satisfaire, dans toute la mesure du possible, aux exigences de la moralité administrative, le Conseil d'Etat ne tarda pas à reconnaître que des progrès sérieux pouvaient être réalisés par l'analyse même de la notion de *procession*. Le juge finit par s'aper-

(1) Si l'on fait abstraction de certaines atténuations sans grande portée qui apparaissent dans les formules des arrêts, il faut reconnaître que dans l'arrêt *David* le haut tribunal administratif a donné raison à son commissaire du gouvernement. Bien que, ainsi que le fait remarquer l'arrétiste au Sirey (S. 13.3.153), comme, d'ailleurs, le requérant lui-même, rien dans la discussion qui s'était engagée au conseil municipal, et qui s'était terminée par la délibération à la suite de laquelle le maire avait pris l'acte attaqué, ne permit de penser que l'interdiction était justifiée par des nécessités d'ordre public, le Conseil d'Etat s'exprime de la façon suivante: « ...Considérant, dit-il, qu'il appartient au « maire, en vertu des dispositions combinées de l'article 97 de la loi « du 5 avril 1884 et de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905, de régler les cérémonies, processions et manifestations extérieures du « culte, et même de les interdire, si le maintien de l'ordre public exige « cette interdiction ; — considérant que le requérant n'établit pas qu'en « interdisant, dans le but de maintenir l'ordre, les processions et autres « manifestations analogues du culte catholique autres que la cérémonie « de la fête des morts et celles qui ont lieu à l'occasion des enterre- « ments, le maire ait excédé ses pouvoirs... ». — Le Conseil affirme que le maire avait pris son arrêté dans le but de maintenir l'ordre ; et, cependant, étant données les circonstances, il y avait, certainement, des raisons d'admettre que la mesure d'interdiction avait été prise pour des buts étrangers à la police. Il semble donc bien qu'en l'espèce le Conseil d'Etat ait admis une présomption *juris et de jure* en faveur de l'interdiction portée par le maire (V., au surplus, la note précitée au Sirey). Cf. également Cons. d'Et. 10 mars 1911 *abbé Delméja*.

cevoir que parmi les processions, il en existe qui méritent une faveur particulière et qui, par conséquent, doivent échapper aux mesures d'interdiction prises sans *motif précis et spécial* : ce sont toutes les processions consacrées par les *traditions locales*.

En effet, on comprend difficilement que, les circonstances n'ayant pas changé, une procession qui, de tout temps, a été tolérée puisse subitement être interdite sous prétexte de sauvegarde de l'ordre et de la tranquillité publics. Dans la grande majorité des cas, les arrêtés municipaux devaient donc renfermer un *détournement de pouvoir*. Afin de donner satisfaction à des intérêts respectables et dans un but évident de moralisation des actes des autorités locales trop souvent enclines à user des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi dans un but de politique répréhensible, le Conseil d'Etat se décida à annuler des arrêtés de maire interdisant d'une manière *générale* les processions sans excepter celles fondées sur des *traditions locales*.

b) C'est ainsi, notamment, que sur recours formé contre un arrêté d'un maire qui avait interdit toutes les processions dans sa commune sans en excepter aucune, le Conseil d'Etat, par arrêt du 1<sup>er</sup> mai 1914 *abbé Didier*, reconnut que « si l'interdiction des processions proprement dites  
« pouvait se justifier par le souci d'éviter toute cause de  
« trouble sur la voie publique, aucun motif tiré de la  
« nécessité de maintenir l'ordre public ne pouvait être  
« invoqué pour légitimer la prohibition de cérémonies,  
« telles que les visites processionnelles au cimetière, qui,  
« sous la conduite d'un prêtre, revêtu de ses habits sacerdo-  
« taux, ont lieu à Arnay-le-Duc, les 1<sup>er</sup> et 2 novembre, et  
« constituent dans cette commune une cérémonie *tradition-*  
« *nelle* se rattachant au culte des morts ; qu'il n'est pas con-  
« testé que l'interdiction prononcée par le maire, à raison de  
« la *généralité des termes* dans lesquels elle est conçue, vise  
« notamment les visites et cérémonies ci-dessus relatées ».

La notion (aujourd'hui très largement comprise) de *proces-*

sion traditionnelle, de procession spéciale, est définitivement entrée dans la catégorie des manifestations extérieures du culte qui, en règle générale, ne peuvent être interdites (1).

c) Pour les autres processions, cependant, le Conseil d'Etat reconnaît encore à l'autorité municipale des pouvoirs très larges.

Dans l'arrêt que nous venons de citer, il est nettement spécifié que l'interdiction des *processions* au sens étroit de ce mot peut se justifier par le souci d'éviter toute cause de trouble sur la voie publique. Sur ce point, le Conseil d'Etat n'a guère encore modifié sa manière de voir.

(1) V. sur l'arrêt *Didier* la note de M. HAURIOU au S.17.3.25, § II. Au sujet de cette théorie, M. CORNEILLE, dans l'affaire *Poirier* du 10 juin 1921, s'est exprimé ainsi: « Si l'on fait analyse de... décisions toutes récentes, il semble en résulter que, désormais, vous assimilez au port « du viatique et aux cérémonies funèbres les processions d'usage traditionnelle dans la commune. Pour l'interdiction de cette catégorie de « processions, il n'y aura plus présomption d'ordre public, *juris et de jure*, il n'y aura plus présomption n'admettant pas la preuve contraire. Il faudra que le maire invoque un motif d'ordre public formel et explicite pour les interdire. Il ne pourra pas édicter, *a priori*, une interdiction absolue, sous prétexte que lesdites processions sont toujours susceptibles de troubler l'ordre public. Il devra, en ce qui concerne ces processions, uniquement agir par voie de mesure particulière. Ceci aboutit à substituer au régime de l'interdiction absolue « celui de l'autorisation préalable ».

Il convient de noter que la façon de laquelle le commissaire du gouvernement traduit ici le point de vue du Conseil d'Etat ne semble pas refléter tout à fait les tendances réelles de la jurisprudence administrative. En effet, non seulement l'interdiction absolue de toutes les processions est considérée par le juge comme constituant excès de pouvoir, mais même l'interdiction comportant réserve générale d'autorisation, interdiction qui n'écarte donc pas de prime abord la possibilité des manifestations fondées sur des traditions locales est, en général, encore tenue pour irrégulière, le Conseil d'Etat ayant tendance à faire de la matière des autorisations de processions traditionnelles non seulement une question de moralité, mais encore une question de *légalité* proprement dite. La juridiction administrative semble estimer, en effet, que le législateur de 1905, en garantissant en termes formels la *liberté de conscience* et le *libre exercice des cultes*, a entendu protéger les manifestations religieuses traditionnelles. Devant, dès l'abord, être absolument libres, ces processions ne pourraient être interdites que par décision spéciale et pour des motifs précis tirés de la nécessité du maintien de l'ordre public.

Sa doctrine s'est affirmée d'une façon bien nette dans l'arrêt *Poignant et autres* du 18 février 1921. Dans cette affaire, le Conseil avait à statuer sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre des mesures d'un maire qui avait interdit par un premier arrêté « toute manifestation sur la « voie publique, *de quelque nature qu'elle soit*, sauf autorisation préalable » et, par une seconde décision, de faire le jour de la Fête-Dieu et le dimanche suivant la procession du Saint-Sacrement autour des églises de la ville. Après avoir établi, d'abord, qu' « aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait « être allégué pour justifier la prohibition générale ci-dessus rappelée » et « que, par suite, les requérants « étaient fondés à soutenir que l'arrêté attaqué était entaché d'excès de pouvoir », le Conseil d'Etat formule, en ce qui concerne l'interdiction des processions de la Fête-Dieu, le considérant suivant: « Considérant, d'ailleurs, « dit-il, qu'il appartenait au maire de Cherbourg de soumettre à telles conditions qu'il estimait nécessaires pour « le maintien de l'ordre sur la voie publique les processions religieuses *ne se rattachant pas à un usage local*, « telles que celles projetées pour les dimanches 6 et 13 « juin 1920, et à l'égard desquelles son arrêté en date du « 4 juin 1920 conserve toute sa valeur légale ». Il est facile de voir, d'après les termes mêmes de cet arrêt, quelle est la différence faite par le juge entre les manifestations fondées sur des *traditions locales*, qui, en principe, ne doivent subir d'entraves d'aucune sorte et les *autres processions* qui, elles, peuvent toujours être interdites pour des considérations *générales* tirées de la nécessité du maintien de l'ordre (1).

(1) V. enc. Cons. d'Etat 6 août 1925 *Pelletier*: « Considérant, dit le « Conseil, que si, en vertu des pouvoirs de police qui lui sont conférés, « le maire peut régler les cérémonies, processions et manifestations « religieuses extérieures, il doit dans l'accomplissement de sa mission « garantir le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions « que commande l'intérêt de l'ordre public, et ne porter atteinte aux « traditions locales que dans la mesure strictement nécessaire au main-

C'est là une lacune regrettable. Il serait à souhaiter qu'à l'heure actuelle où les exigences concrètes de l'ordre public se sont précisées dans une mesure appréciable, le Conseil d'Etat se décidât à admettre le principe de la liberté des processions, tout en tenant compte du fait que les manifestations religieuses sur la voie publique peuvent toujours être soumises à certaines restrictions lorsque des nécessités impérieuses paraissent l'exiger (1).

III. — Cependant, le Conseil d'Etat accueille favorablement les recours dirigés contre des actes interdisant les processions *motivés formellement par des raisons autres que la nécessité du maintien de l'ordre et de la tranquillité publique*, alors qu'un examen approfondi des circonstances de la cause fait apparaître un *détournement de pouvoir* caractérisé. Il annule également les interdictions *générales* de processions religieuses dans les cas où, soit les termes de l'interdiction, soit les faits mêmes de la cause démentent d'une

« tien de l'ordre ». C'est là la formule classique qui traduit le point de vue de la jurisprudence (Cf. enc. Cons. d'Et. 1<sup>er</sup> août 1928 Wauthier, *Doc. cath.*, t. 20, p. 1074).

(1) Un exemple flagrant d'interdiction abusive maintenue par le juge de l'excès de pouvoir se rencontre dans l'arrêt *de la Celle et autres* du 15 décembre 1911. Il est vrai que la question ne se posait pas seulement sur le terrain de l'interdiction des *processions* proprement dites. La décision du Conseil d'Etat n'en est pas moins curieuse. A l'occasion de l'érection et de la bénédiction d'une statue de Jeanne d'Arc, le maire d'une commune avait interdit toute procession, tout cortège et tout rassemblement sur la voie publique. Le requérant prétendait que l'arrêté avait été inspiré par des motifs étrangers à l'ordre et à la tranquillité publiques et que certaines circonstances étaient de nature à démontrer que l'interdiction avait été portée dans le but d'exercer des vexations à l'égard du clergé et des fidèles. Le Conseil se borne à déclarer *d'une façon extrêmement brève* « qu'en interdisant pour des « motifs tirés de l'intérêt de maintenir l'ordre public, toute procession, « tous cortèges, rassemblements ou stationnements..., à l'occasion de « l'érection d'une statue de Jeanne d'Arc, le maire... n'avait pas excédé « les pouvoirs de police qu'il tient des articles 91 et 97 de la loi du 5 « avril 1884... ». Il convient de noter qu'en l'espèce le commissaire du gouvernement avait conclu dans le sens de l'annulation de l'arrêté attaqué.

façon flagrante et de *prime abord* la présomption de régularité de l'acte (1).

C'est ainsi qu'à été annulé, par une arrêt du 23 janvier 1920 *Chanudet*, l'arrêté d'un maire qui, tout en exceptant le port du viatique et les convois funèbres religieux, portait interdiction *générale* des processions sans spécifier l'existence d'un motif évident d'ordre public propre à justifier cette interdiction (2).

D'autre part, dans un arrêt du 10 juin 1921 *Poirier*, le Conseil d'Etat déclare que s'il appartient au maire d'apprécier « en tenant compte des traditions locales, si l'intérêt « de l'ordre et de la tranquillité publique exigent qu'il use « des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril « 1884 et de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905, pour « subordonner à son autorisation la sortie des processions « religieuses sur la voie publique », il ne saurait pour soumettre ces manifestations à son autorisation se fonder exclusivement « sur l'intérêt de la circulation et sur les « inconvénients qui peuvent résulter de ces cortèges pour « le passage des voitures, automobiles et autres », étant donné « que la police de la circulation ne saurait com- « porter des mesures restrictives applicables aux seules « manifestations religieuses ».

(1) Cons. d'Et. 5 mai 1928 *Pimbert* (*Doc. cath.*, t. 19, p. 1599). Le maire de la commune avait interdit les processions à la suite de l'échec d'une négociation avec le curé au sujet du loyer du presbytère. L'abus était flagrant. Dans sa décision, le Conseil d'Etat constate que « s'il appartient « au maire d'interdire les processions religieuses sur le territoire de la « commune lorsque cette interdiction est motivée par les nécessités « actuelles du maintien de l'ordre public, il résulte des pièces versées « au dossier que le maire... a fait usage des pouvoirs qu'il tient de « l'article 97 de la loi du 5 août 1884 dans un but autre que celui en « vue duquel ils lui ont été conférés » et « qu'ainsi son arrêté doit être « annulé comme entaché de *détournement de pouvoir* ». A remarquer que le Conseil semble vouloir insister sur le fait que, pour échapper à l'annulation, l'interdiction doit être motivée par une nécessité *actuelle*, ce qui enlève déjà à l'idée abstraite de la présomption de régularité invoquée par M. CORNEILLE une grande partie de sa force.

(2) V. pour l'historique de la jurisprudence en cette matière les conclusions de M. CORNEILLE dans l'affaire *Poirier* du 10 juin 1921. (*Doc. cath.*, 1921, t. 6, p. 26 et s.).

Nous remarquons que, dans les circonstances dans lesquelles était intervenue la décision attaquée, il était loisible au maire d'interdire toutes les manifestations sur la voie publique, quelles qu'elles fussent, pour éviter toute gêne préjudiciable à la circulation. Si le maire s'était borné à faire usage de ce pouvoir, le Conseil d'Etat n'aurait, sans doute, trouvé aucune raison valable d'annuler son arrêté. Mais l'interdiction spéciale portée par l'arrêté incriminé contre les seules manifestations religieuses, sans qu'il y eût lieu de supposer que dans la localité en question la sortie de processions sur la voie publique était de nature à porter une atteinte plus grave à la liberté de la circulation que n'importe quelle autre manifestation, devait nécessairement être considérée comme renfermant un *détournement de pouvoir caractérisé*; car, comme le dit très bien le Conseil d'Etat, « la police de la circulation ne saurait « comporter des mesures restrictives applicables aux seules « manifestations religieuses ». La présomption *juris et de jure* dont fait état M. Corneille et qui, à la rigueur, n'aurait pu jouer que si le maire avait observé un silence prudent sur les motifs réels de son intervention, dut évidemment rester sans application dans notre affaire, dont les circonstances démontraient nettement l'irrégularité du but poursuivi par l'autorité locale (1).

(1) Dans ses conclusions M. CORNEILLE, commissaire du gouvernement, avait allégué en faveur du maintien de l'arrêté — qui, d'ailleurs, avait été pris dans des conditions particulières que nous pouvons négliger — que, dans la petite commune de Saint-Hilaire où la décision attaquée avait été prise, il n'y avait peut-être pas d'autres cortèges que les processions religieuses et que, par conséquent, la décision administrative intervenue ne pouvait en réalité viser que les processions, seules manifestations publiques susceptibles de se produire dans la localité. L'argument est spécieux; il n'a pas empêché le Conseil d'Etat d'annuler l'interdiction, qu'il considère comme contraire non pas à la loi proprement dite (puisque à l'inverse de la formule qu'il emploie dans ses arrêts annulant des prohibitions de cérémonies *traditionnelles*, il ne vise pas la disposition de loi garantissant le libre exercice des cultes), mais à la *moralité administrative* au sens propre de ce mot. Car qu'est-ce qui aurait pu empêcher le maire, pour éviter tout malentendu sur ses intentions, de donner à son arrêt un caractère général, en interdisant, dans l'intérêt de la circulation, toute manifestation sur la

L'arrêté du maire n'ayant pu être considéré, sous aucun prétexte, comme pris en violation des dispositions formelles de la loi, il est tout naturel que le juge administratif ait cru devoir annuler, d'une manière expresse, pour « *détournement de pouvoir* ». L'arrêt constitue, du reste, une application intéressante de l'idée que nous avons déjà rencontrée, sous un aspect un peu différent, lors de l'examen de la jurisprudence antérieure à 1905 et qui se traduit dans la règle qu'une décision de police visant un groupe restreint de faits et pris apparemment dans un but postulant normalement une décision à caractère général englobant tous les faits de même nature, doit, en principe, être considéré comme entachée de détournement de pouvoir (Cf. ci-dessus p. 175).

Dans la décision *Gauvain* du 30 décembre 1921, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté de maire portant interdiction de processions et formellement motivé par des raisons autres que la nécessité du maintien de l'ordre public.

Les circonstances de cette affaire étaient les suivantes : Un maire avait interdit les processions religieuses sur le territoire de la commune. Cet arrêté avait été pris à la suite de délibérations du conseil municipal décidant la suppression des processions autres que celles ayant pour but le culte

voie publique sous réserve d'autorisation? La seule circonstance que le maire ne l'avait pas fait, suffit à démontrer l'incorrection de l'arrêté, abstraction faite de toute considération se rattachant au but précis réellement poursuivi par son auteur. Nous avons là un exemple typique du caractère objectif du contrôle du détournement de pouvoir.

V. une affaire analogue à celle rapportée au texte, jugée par le Conseil d'Etat en 1925 (Cons. d'Et. 4 décembre 1925 *sieur Charton*). Il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté du maire du Creusot qui avait interdit des manifestations religieuses dans l'intérêt de la circulation. Le Conseil annule parce que « *la police de la circulation* ne saurait comporter des mesures restrictives générales s'appliquant aux seules manifestations religieuses ». De même, par un arrêt récent, *abbé Gervreau*, le Conseil a annulé un arrêté de maire interdisant spécialement, sous prétexte d'assurer la liberté de la circulation, les processions à l'extérieur de l'église et dans toute l'étendue de la commune; même formule que dans l'arrêt précité (Cf. *Echo de Paris* du 29 juin 1928). V. enc. Cons. d'Et. 20 juillet 1927 *Lépron* (*Doc. cath.*, t. 19, p. 536).



des morts sous prétexte qu'un article de journal, attribué au clergé local, avait attaqué le conseil pour son attitude relative au caractère laïque du monument aux morts. Il est à remarquer que le ministre de l'Intérieur, en réponse à la communication qui lui avait été faite du pourvoi, concluait au rejet de la requête par le motif que, les questions religieuses ayant donné lieu à des polémiques très vives dans la commune, l'interdiction des processions se justifiait par la nécessité de prévenir des incidents regrettables. Le Conseil d'Etat, refusant de se rallier à cet avis, déclare que « s'il appartient au maire d'interdire les processions religieuses sur le territoire de la commune en vue d'assurer le « maintien de l'ordre public, il résulte tant de l'arrêté « attaqué que des délibérations du conseil municipal à la « suite desquelles il a été rendu, que le maire a fait usage « des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril « 1884 dans un but autre que celui en vue duquel ils lui « ont été conférés ; qu'ainsi ledit arrêté doit être annulé « comme entaché de détournement de pouvoir ».

A la suite de cet arrêt, le maire prit un nouvel arrêté interdisant les processions sous prétexte d'assurer la liberté de la circulation dans les rues de la commune. Sur recours de l'intéressé, le Conseil d'Etat, considérant que la nouvelle mesure d'interdiction avait été prise non pas dans le but « d'assurer le maintien de l'ordre public, mais de faire « obstacle à l'exécution de la décision du Conseil d'Etat du « 30 décembre 1921 », annule, une seconde fois, pour détournement de pouvoir, le maire ayant « ainsi usé des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 « dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont « été conférés » (Cons. d'Et. 15 décembre 1922 *Gauvoin*) (1).

En résumé, l'examen de la jurisprudence nous permet

(1) Cette lutte engagée par le juge contre les administrateurs qui tentent de déjouer ses décisions est très bien exposée dans l'ouvrage de Mlle M. FAYOLLE, intitulé *La Force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques* (thèse Nancy, 1926).

d'affirmer qu'au sens des solutions données par le Conseil d'Etat ne sont licites que les seules interdictions de processions non *apparemment* motivées par des raisons autres que la nécessité du maintien de l'ordre public. Mais lorsque ces conditions sont remplies, le Conseil d'Etat refuse d'apprécier *spécialement* les circonstances de fait pour rechercher le détournement de pouvoir qu'il ne consent à censurer que si, *de prime abord*, il ressort avec *évidence* que l'usage fait par le maire de ses pouvoirs a été détourné de son but régulier. La jurisprudence administrative en matière d'interdiction de processions autres que les cérémonies *traditionnelles* est donc moins large que les directives libérales adoptées par le Conseil d'Etat pour d'autres matières où le juge de l'excès de pouvoir use largement de son droit de contrôle (1).

## § 2. — Sonneries de cloches

### CONCLUSION

Les appréciations souvent fort délicates auxquelles le Conseil d'Etat fut obligé de se livrer à l'occasion de recours formés contre des décisions administratives règlementant les processions, appréciations qui l'ont amené à entrer dans un examen des circonstances locales (1) en vue de la

(1) A remarquer que dans une décision récente que nous trouvons résumée dans le journal « *L'Echo de Paris* » du 15 mai 1928, le Conseil d'Etat a rejeté la requête d'un curé qui lui avait déferé pour détournement de pouvoir un arrêté du maire de Die ayant interdit tout cortège sur le territoire de la commune du 21 au 25 juillet 1926. Il a été jugé, en l'espèce, qu'en interdisant des cortèges projetés par les autorités religieuses qui présentaient un caractère *exceptionnel* et n'étaient pas fondées sur des *traditions locales*, le maire n'avait pas excédé les pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 pour assurer le maintien du bon ordre et de la tranquillité publique. Toujours la directive de la distinction entre le *normal* et l'*exceptionnel*, entre la manifestation fondée sur des traditions locales et celle ne se rattachant pas à des usages locaux.

(2) Cf. les conclusions de M. CHARDENET dans l'affaire *Olivier et autres* précitée (S. 09.3.34). « Nous reconnaissons, dit le commissaire « du gouvernement, que cette appréciation — *comportant l'examen de*

découverte des fins poursuivies par l'autorité administrative dans l'accomplissement de sa mission durent se présenter avec la même fréquence dans la matière des sonneries de cloches.

Nous savons qu'en vertu de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 et de l'article 50 du décret du 16 mars 1906, les maires ont le droit de régler l'usage des cloches des églises dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publique. La question se pose donc de savoir comment les maires vont concilier les exigences de la liberté des cultes proclamée par la loi avec leurs pouvoirs de police.

Dans une affaire du 5 août 1921 *Constantin, Berthon et autres*, pour ne citer qu'un des arrêts récents, le Conseil d'Etat eut à se prononcer sur un recours dirigé contre un arrêté du maire de Grenoble qui, d'une part, n'avait autorisé les sonneries de cloches que pour les cérémonies proprement dites du culte et tendait ainsi à supprimer de nombreuses sonneries auxquelles il avait toujours été procédé, et qui, d'autre part, prescrivait que la durée des sonneries ordinaires devait être de trois minutes, qu'en tout cas elle ne pouvait dépasser cinq minutes.

Le Conseil d'Etat « considérant qu'aucun motif tiré de « la nécessité de maintenir *l'ordre et la tranquillité publi-* « *que* ne pouvait être légitimement invoqué par le maire « de Grenoble pour limiter, comme il l'avait fait, les son- « neries religieuses, que les dispositions de l'arrêté attaqué

« *circonstances toutes locales* — est souvent fort délicate pour vous, « qui êtes loin des communes où ont été pris les arrêtés attaqués, et qui « ne trouvez, parfois, dans le dossier qu'un bien pâle reflet des animo- « sités ou des discussions locales. Nous reconnaissons qu'elle l'est « encore davantage, lorsque le dossier contient des observations des « ministres qui ont reçu communication du pourvoi, et qui vous déclarent que l'arrêté du maire se justifie par la nécessité de maintenir « l'ordre public... Quelque délicate que soit cette appréciation, il vous « appartient de la faire, du moment que le recours pour excès de pouvoir est recevable, du moment qu'il est admis que les particuliers « peuvent venir vous dire que le maire s'est trompé, que l'ordre public « n'a jamais exigé et n'exige point des mesures semblables à celles qui « ont été prises... ».

« portaient ainsi atteinte au libre exercice du culte et qu'en « les édictant le maire avait méconnu les dispositions... « des lois du 9 décembre 1905 et 2 janvier 1907 », annula l'arrêté qui avait fait l'objet du recours (1).

L'ensemble des arrêts cités ci-dessus, dont l'énumération pourrait facilement être complétée, nous révèle l'importance du rôle joué par le juge dans la solution des questions posées par l'application des lois dites de séparation; ils nous démontrent qu'en général l'évolution de la jurisprudence administrative s'est faite dans un sens libéral. Malgré certaines hésitations, que nous avons relevées, le juge de l'excès de pouvoir, dans l'exercice de son pouvoir prétorien, a su établir, dans ces matières délicates, certaines directives qui se concentrent notamment autour des notions de *processions et cérémonies traditionnelles* (2), et qui sont

(1) V. dans le même sens Cons. d'Et. 12 janvier 1923 *Lebrun*; cf. également Cons. d'Et. 14 février et 5 août 1908 *Leclercq et Gruson, Morel et autres, Braux et autres* (S. 09.3.1. avec la note de M. HAURIOU).

(2) L'idée d'après laquelle le maire ne saurait, en principe, interdire des manifestations conformes aux *traditions* se retrouve également dans d'autres affaires.

Il est admis en jurisprudence que les *monuments aux morts de la guerre* ont le caractère de *monuments funéraires*, au sens de l'art. 28 de la loi du 9 décembre 1905, « même s'ils ne recouvrent pas de « sépultures et quel que soit le lieu où ils sont érigés »; par conséquent, ils ne sont pas frappés par l'interdiction portée par cet article qui prohibe l'apposition de signes ou emblèmes religieux sur les monuments publics. Cependant, le maire, responsable du maintien du bon ordre dans la commune, peut toujours prendre toutes dispositions utiles pour empêcher des abus; mais son pouvoir de police est strictement limité par le respect dû à la liberté des habitants de la commune.

Il résulte, notamment, des arrêts *abbé Guerlé* du 4 juillet 1924 (S. 25.3.66) et *Dlle Lucien et autres* du 23 décembre 1927 (S. 28.3.53) que si le maire a le droit d'interdire l'apposition de certains signes ou emblèmes religieux sur un monument aux morts de la guerre lorsque ces signes ou emblèmes auraient pour effet d'enlever au monument son véritable caractère, il ne saurait empêcher ses administrés à déposer des croix et autres signes religieux autour du monument puisqu'il s'agit là d'un usage consacré par la *tradition* qui, comme tel, ne peut être considéré comme susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique.

Dans le dernier des arrêts que nous mentionnons le Conseil d'Etat déclare en effet « qu'il appartient aux maires, en vertu des pouvoirs

de nature à assurer un minimum de satisfaction non seulement aux exigences impliquées dans le texte de la loi ou susceptibles d'en être déduites d'une façon suffisamment sûre, mais bien plus encore aux postulats élémentaires d'une bonne administration et à l'idée du bien commun.

Nous verrons, bientôt, comment ces idées de moralité et, si l'on veut, de rationalité sont encore aujourd'hui comprises par la Cour de cassation (1).

« de police qu'ils tiennent de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, d'édicter les mesures *locales* nécessaires au maintien de l'ordre et de la « tranquillité publique; qu'en interdisant... l'apposition de croix ou « emblèmes religieux sur le monument qui recouvre la sépulture de « quinze soldats de la commune morts pour la France, le maire... a « entendu proscrire les emblèmes religieux qui seraient *incorporés* au « monument lui-même ou qui, *à raison de leur importance relative et de « leur disposition* sur le monument, seraient de nature à lui ôter son véritable caractère et à provoquer des troubles; que le maire n'a fait ainsi « qu'user, *en vue du maintien de l'ordre public*, des pouvoirs de police « qui lui sont conférés par l'article 97 précité de la loi du 5 avril 1884; — « *mais...* que le maire n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, subordonner à « la nécessité d'une autorisation préalable le *simple dépôt*, au pied « du monument, de couronnes, gerbes ou autres objets contenant des « inscriptions ou des attributs religieux et porter ainsi atteinte au « droit qu'ont les familles de rendre à ceux des leurs qui sont morts « pour la France un hommage de forme aussi *normal* et aussi *traditionnellement* respectable » (Cf. enc. Cons. d'Et. 14 janvier 1927 Delaty et Catalifaud S. 27.3.92).

(1) Pour un aperçu d'ensemble de la question de la police des manifestations extérieures du culte, on pourra consulter encore M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 539 et s. V. égal. les concl. CORNILLE dans les affaires *Berthenet c. préfet de Saône-et-Loire* du 10 août 1917 (11 arrêts) S. 18/19.3.9 avec la note de M. HAURIU (affaires concernant l'interdiction préfectorale du port, de la vente et de l'exhibition d'insignes aux couleurs nationales associées à l'emblème du Sacré-Cœur).

### CHAPITRE III

#### **Le problème du contrôle dit de l'erreur de fait par le Conseil d'Etat statuant sur recours pour excès de pouvoir Caractère juridique de ce contrôle (1)**

---

La plupart des solutions jurisprudentielles que nous venons d'examiner, et qui illustrent plus spécialement la théorie du *détournement de pouvoir*, ne représentent, en somme, que le développement de solutions déjà acquises ou, du moins, déjà préparées vers la fin du xix<sup>e</sup> siècle. Elles méritaient, cependant, d'être retenues en raison de certaines particularités qui les caractérisent et qui marquent bien les progrès réalisés, à ce sujet, par la jurisprudence administrative.

Mais, ce qui, au début du xx<sup>e</sup> siècle, révèle tout particulièrement le sens de l'évolution du contrôle de l'excès de pouvoir, c'est qu'en 1907 le contrôle de la moralité administrative s'est considérablement élargi par l'admission d'une nouvelle ouverture à laquelle on a communément attribué le caractère d'un contrôle de *l'erreur de fait* exercé par le Conseil d'Etat.

Bien avant 1900, nous rencontrons déjà des arrêts, rendus en matière de recours pour excès de pouvoir, qui renferment certaines appréciations de fait en vue de l'établissement du droit. « Le recours pour excès de pouvoir,

(1) Cf. Jèze, *L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base au recours pour excès de pouvoir*, *Rev. dr. p.*, 1911, p. 286; E. CHALVON-DEMERSAY, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris 1922; R. ALIBERT, *op. cit.*, p. 284 et s.

« déclare M. Romieu dans ses conclusions sur l'affaire « *Durand* du 30 novembre 1906, peut être fondé non seulement sur des moyens d'incompétence, de violation des « formes ou de détournement de pouvoir, mais aussi sur la « violation des droits que la loi entend assurer aux « citoyens ; or, cette violation de la loi entraîne, la plupart « du temps, l'appréciation des circonstances de fait dont la « légalité de l'acte peut dépendre ».

C'est ainsi que le juge de l'excès de pouvoir a été amené à contrôler le caractère de travaux confortatifs à l'occasion de travaux d'aménagement de maisons frappées d'alignement (Cons. d'Et. 19 mars 1886 *Barat-Oudot*) et à vérifier, encore, si certains produits devaient être considérés comme alimentaires ou médicamenteux pour l'application de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention (Cons. d'Et. 14 avril 1864 *Laville*), etc. Encore que la possibilité de pareilles investigations n'eût sans doute pas aussitôt été pleinement admise par le juge de l'excès de pouvoir, il s'agit là de cas ordinaires et absolument normaux d'interprétation juridique et d'administration du droit qui ne touchent pas à la question fondamentale du contrôle de l'*erreur de fait* exercé par le Conseil d'Etat. Ces espèces ne soulèvent que des questions de qualification *légal* relativement simples et ne présentent à l'appréciation du juge que des points de fait *intimement* liés à des points de droit bien déterminés (1), et le rôle du haut tribunal administratif ne diffère pas ici essentiellement des attributions reconnues à la Cour de cassation pour l'exercice de son contrôle (2).

Ce n'est point de ces cas qu'il sera question dans les lignes qui vont suivre ; nous ne visons pas le contrôle de l'appréciation faite par l'administration de circonstances détermi-

(1) Comme le remarque justement M. CHALVON-DEMERSAY (*op. cit.*, p. 48), avant 1906, le Conseil d'Etat n'examine les faits « que quand la loi « leur communique un caractère légal *indiscutable* et se refuse à les « apprécier quand ce caractère légal n'existe pas ».

(2) Cf. Marc NOËL, *loc. cit.*, p. 374 et s.; CHALVON-DEMERSAY, *op. cit.*, p. 35.

nées, nettement prévues par la règle légale, mais, avant tout, l'examen contentieux de la *matérialité* des faits sur lesquels s'appuient les décisions prises par l'administration dans l'exercice de sa compétence légale, et notamment de son *pouvoir discrétionnaire*.

Dans une première section, nous examinerons la jurisprudence administrative en matière d'erreur de fait considérée plus spécialement sous le rapport de la moralité administrative. Dans une deuxième section, nous passerons en revue certaines solutions marquant d'une façon toute particulière l'étendue des droits d'investigation que se reconnaît le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'examen du fait, pour nous occuper ensuite, d'une façon générale, dans une dernière section, des limites fixées en cette matière au pouvoir d'investigation du juge.

## SECTION I

### Le contrôle de l'erreur de fait considéré comme cas d'application du contrôle juridictionnel de la moralité administrative

Jusqu'à présent la juridiction administrative avait toujours pris grand soin de ne pas pénétrer trop avant dans l'examen des faits et de ne les apprécier spécialement que lorsqu'il y avait requête formelle en détournement de pouvoir (1). Encore se refusait-elle dans beaucoup de cas à relever le détournement de pouvoir qui ne résultait pas d'une façon apparente des termes, voire même du dispositif des décisions administratives. Un grand nombre d'actes administratifs pour lesquels il était impossible de démontrer un détournement de pouvoir caractérisé devaient ainsi échapper à toute censure, alors même que toute *base réelle* leur faisait défaut. Il en résultait de regrettables lacunes

(1) Cons. d'Etat 2 juin 1905 de *Crozals*; Cf. E. CHALVON-DEMERSAY, *op. cit.*, p. 28 et s.



dans le système du contrôle de l'administration élaboré par la jurisprudence (1).

« Mais ne peut-on pas raisonnablement soutenir, demande M. Jèze dans sa note précitée, publiée dans la *Revue du droit public* (1911, p. 286 et s.), que l'agent administratif qui prend une décision en commettant une *erreur de fait* ou en invoquant *sciemment* ou non des *faits inexacts*, accomplit un acte irrégulier, tout comme lorsqu'il se sert de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ces pouvoirs lui ont été donnés ? »

Un revirement ne devait pas tarder à se produire. La logique de l'institution a, selon le vœu exprimé par M. Jèze avant l'établissement définitif de la nouvelle jurisprudence, été plus forte que toutes les résistances.

#### § 1<sup>er</sup>. — Cas spécial des arrêts Monod et Trépont des 28 juin 1907 et 20 janvier 1922

I. Les arrêts *Monod et Trépont*. — II. Théorie du *fait déterminant, cause juridique*, défendue par M. Hauriou.

I. — a) Ce revirement s'était déjà annoncé en 1907. Au cours de cette année, le Conseil d'Etat fut appelé à examiner le recours d'un fonctionnaire formé contre un décret lui nommant un successeur, décret qui avait énoncé *inexactement* que la mise à la retraite avait eu lieu sur la demande du fonctionnaire remplacé.

Le requérant ne se plaignait nullement d'un détourne-

(1) On peut considérer comme repoussant le principe du contrôle de l'erreur de fait un arrêt du 23 février 1906 *Abadie* (S. 08.3.60) par lequel le Conseil d'Etat, estimant que les requérantes « n'invoquaient « à l'appui de leur requête aucun moyen pouvant servir de base à un « recours pour excès de pouvoir », refusa d'annuler un décret autorisant l'acceptation d'un legs fait à un hôpital, décret basé, en réalité, sur des *renseignements inexacts* concernant la situation matérielle des héritiers. Encore pouvait-on soutenir ici que la mesure gouvernementale ayant autorisé l'acceptation n'était pas dénuée de fondement, puisqu'elle aboutissait à rendre possible l'exécution de la volonté certaine du testateur (V. aussi l'arrêt de *Crozals* précité).

ment de pouvoir commis à son préjudice ; il se bornait à invoquer la circonstance que la mesure prise à son égard était basée sur des faits *matériellement inexacts*, étant donné qu'il ne l'avait jamais sollicitée. Sa jurisprudence traditionnelle aurait donc pu amener le Conseil d'Etat à rejeter purement et simplement la requête pour le motif que l'examen du fait comme tel, alors qu'à cette occasion il n'est argué d'aucun détournement de pouvoir, ne rentrait pas dans les attributions du juge de l'excès de pouvoir.

Cependant, le Conseil d'Etat ne refusa pas d'examiner le grief spécialement allégué par le requérant. Rejetant le recours au fond, il constata dans son arrêt (Cons. d'Et. 28 juin 1907 *Monod*) « que le sieur Monod remplissait les « conditions d'âge et de durée de services exigées par l'article 5 de la loi du 9 juin 1853 pour être admis à faire « valoir ses droits à la retraite, qu'ainsi son admission à la « retraite n'a pas eu le caractère d'une mesure discipli- « naire et que, d'autre part, si c'est à tort que le décret « attaqué qui nomme le sieur Mirman en remplacement du « sieur Monod énonce que ce dernier a été admis à faire « valoir ses droits à la retraite, *sur sa demande*, l'inexacti- « tude de cette mention n'est pas, *dans les circonstances de « l'affaire*, de nature à entacher d'illégalité ledit décret ».

Il résulte des termes mêmes de cette décision que, si les circonstances dans lesquelles était intervenue la mesure attaquée avaient été autres, le juge n'aurait, sans doute, pas hésité à annuler. Nous nous trouvons donc bien en présence d'une décision jurisprudentielle ouvrant une nouvelle phase dans l'évolution de la jurisprudence administrative en matière de contrôle de l'excès de pouvoir.

b) L'arrêt *Monod* doit être rapproché de l'arrêt *Trépont* du 20 janvier 1922, intervenu dans des circonstances analogues. Le Conseil d'Etat fut alors appelé à statuer sur la régularité d'une mise en congé d'un préfet, fondée également sur le motif erroné que ce fonctionnaire avait sollicité la mesure incriminée par lui. Sur recours de l'intéressé, le Conseil d'Etat annule la décision pour le motif suivant :

« Considérant, dit-il, qu'en présentant la décision de mise  
« en congé comme prise sur la demande de l'intéressé, le  
« ministre de l'Intérieur l'a fondée sur un *fait matérielle-*  
« *ment inexact* et lui a donné ainsi une *cause juridique*  
« *inexistante* ; qu'il y a lieu, dès lors, de prononcer son  
« annulation pour excès de pouvoir et de renvoyer le sieur  
« Trépont devant le ministre pour qu'il soit statué, dans  
« les formes régulières, sur sa situation... ».

On n'a pas manqué de relever la différence des solutions données par le juge dans les deux affaires. Dans l'une, en effet, le Conseil d'Etat annule, alors que dans l'autre il n'avait pas cru devoir réserver une suite favorable à la requête ; et, cependant, dans les deux cas le haut tribunal administratif se trouvait en présence d'actes dans lesquels étaient exprimés des motifs matériellement inexacts. M. Jèze attribue cette différence à un changement de jurisprudence (1). Nous verrons bientôt ce qu'il faut en penser.

Remarquons, tout de suite, que, dans les deux affaires que nous venons de mentionner, le Conseil d'Etat n'avait nullement à statuer sur des cas de *violation de la loi*. En effet, les fonctionnaires qui ont été mis à la retraite ou en congé étaient révocables *ad nutum*, et il n'est même pas établi que les requérants n'aient pas eu communication de leur dossier (art. 65 de la loi du 22 avril 1905). D'autre part, le *détournement de pouvoir* caractérisé est bien difficile à justifier en pareille matière, et, du reste, le Conseil d'Etat n'y fait point allusion. L'annulation des décisions portant mise à la retraite et remplacement de directeurs ministériels ou de préfets pourrait donc, semble-t-il, être considérée comme une atteinte injustifiée au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Mais le juge administratif s'est rejeté sur la notion de *cause* pour donner un fondement juridique à sa nouvelle jurisprudence.

Dans l'arrêt *Trépont*, il affirme, en effet, que l'administration avait fondé sa décision sur une « *cause juridique inexistante* ». La théorie de la cause étant généralement

(1) *Motifs déterminants*, Rev. dr. p., 1922, p. 392.

considérée comme une théorie d'ordre légal, nous nous trouverions, si l'on prend la formule de l'arrêt à la lettre, en présence d'un contrôle de légalité. Le contrôle de l'erreur de fait serait ainsi une application particulière de ce contrôle. Si tel est bien le point de vue du Conseil d'Etat, la théorie devra s'appliquer à tous les cas où l'administrateur aura affirmé des motifs contraires à la réalité des faits. L'annulation de l'acte qui renferme des motifs de ce genre devra toujours être prononcée, sans qu'aucune dérogation puisse être admise.

II. — Cette théorie a été développée par M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Lefranc* du 22 janvier 1926 (S. 26.3.25) qui annule pour excès de pouvoir, comme fondé sur une *cause juridique inexistante*, le licenciement d'un fonctionnaire pour *suppression d'emploi*, alors que cette suppression n'a jamais été réalisée. L'éminent doyen honoraire de la Faculté de droit de Toulouse admet, en effet, que les nouvelles formules employées par le Conseil d'Etat sont sorties « tout naturellement du mouvement de jurisprudence sur « la fausse application de la loi pour fausse allégation des « faits ».

« Quand elle a jailli dans l'arrêt *Trépont*, dit-il, c'était « un an après l'arrêt *Joseph Séi*, dans lequel le fait allégué « de la démission du secrétaire de la mairie avait été qualifié de *base légale* de la décision de remplacement (1).

(1) Dans des arrêts antérieurs à l'arrêt *Trépont*, le Conseil d'Etat avait annulé des décisions administratives qui avaient énoncé des motifs matériellement inexacts, en se basant uniquement sur le fait matériel de l'inexistence des motifs allégués par l'administration (Cf. not. Cons. d'Et. 29 octobre 1920 *Grégoire*). Dans l'arrêt *Cazade* du 7 février 1919 le juge constate que le requérant « ne conteste pas la *matérialité des faits* qui lui sont reprochés ». Dans l'arrêt *Séi* du 21 janvier 1921, il avait cru devoir préciser sa pensée en annulant pour défaut de *base légale*. Les difficultés résultant de l'imprécision de pareilles formules devaient amener le haut tribunal administratif à faire état de la notion de *cause*. Nous ne croyons pas que cette manière de résoudre le problème ait précisément contribué à apporter plus de clarté dans cette matière; elle aboutissait, en somme, à substituer à une argumentation plus ou moins défectueuse une solution des plus obscures (V., d'ailleurs, ce qui sera dit au texte).

« Que le fait faussement allégué constitue une *base légale*  
 « *inexistante* pour la décision ou qu'il en constitue une  
 « *cause juridique inexistante*, l'écart entre les deux notions  
 « n'est pas grand, la cause juridique constitue simplement  
 « une notion à la fois plus précise et plus juridique que celle  
 « de base légale, mais on peut dire que c'est la même idée  
 « plus poussée parce que, en effet, c'est la cause juridique  
 « qui est la base légale de l'acte ».

M. Hauriou cherche, ensuite, à préciser cette notion de *cause juridique* : « La *cause juridique* d'un acte adminis-  
 « tratif, dit-il, est le *fait déterminant* qui classe cet acte  
 « dans une *catégorie légale* : la notion de *cause juridique*  
 « est liée à celle de *catégorie légale*. Ainsi, le congé sur  
 « demande des fonctionnaires constitue une catégorie  
 « légale des congés qui n'est pas la même que celle du  
 « congé pour maladie; ainsi encore, le licenciement de  
 « fonctionnaire pour suppression d'emploi constitue une  
 « catégorie légale qu'il ne faut pas confondre avec la révo-  
 « cation. Dans la catégorie du congé sur demande, la  
 « demande est le *fait déterminant*, elle détermine à la fois  
 « la catégorie et la cause du congé ; dans la catégorie du  
 « licenciement par suppression d'emploi, la suppression  
 « d'emploi est le *fait déterminant*, elle détermine, à la fois,  
 « la catégorie et la cause juridique du licenciement ».

Ainsi, M. Hauriou voit dans l'acte basé sur un fait maté-  
 riellement inexact une atteinte à l'ordre des catégories  
 légales. « Quand le fait déterminant, dit-il, a été faussement  
 « allégué, l'acte qui a été basé sur ce fait n'a plus de  
 « *cause juridique* parce qu'il n'appartient plus à la caté-  
 « gorie qui a été faussement alléguée en même temps que le  
 « fait ». La valeur juridique d'un acte accompli par l'admini-  
 stration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire  
 dépendrait ainsi, en première ligne, de l'appartenance  
 effective de l'acte à la catégorie réelle affirmée par l'admini-  
 strateur.

L'auteur insiste sur le point que la théorie du *fait déter-*  
*minant*, qui, d'après lui, est une théorie essentiellement

*objective*, donnant lieu à l'ouverture de la *violation de la loi*, doit être soigneusement distinguée de celle du *motif déterminant* ou du *détournement de pouvoir* qui présente un caractère subjectif.

Nous avons le regret de ne pouvoir nous rallier entièrement à cette doctrine, d'ailleurs reprise par M. Hauriou dans la dernière édition de son *Précis* (p. 429 et s.) ; car, prise à la lettre, elle aboutirait à restreindre, dans une mesure importante et d'une façon absolument inopportune, le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Il est vrai que l'éminent doyen ne semble développer qu'une idée impliquée dans les formules les plus récentes de la jurisprudence. Nous croyons, cependant, qu'il faudrait se garder d'attribuer à ces formules de circonstance employées par le juge administratif un sens absolu qu'elles ne comportent peut-être pas.

Il est préférable de voir les choses telles qu'elles se présentent dans la réalité, sans chercher à construire, par des abstractions trop rigoureuses, des théories qui ne répondraient pas toujours aux exigences de la situation.

Pour comprendre le sens des arrêts *Monod* et *Trépont*, ainsi que d'autres analogues (1), il convient, d'abord, de préciser que les décisions incriminées dans les deux affaires avaient été prises par l'administration en parfaite connaissance de cause et qu'en réalité l'erreur proprement dite n'était qu'apparente. L'examen du Conseil d'Etat portait bien plus sur la question de savoir si le gouvernement avait agi pour des motifs avouables et en vue de l'intérêt général que sur celle de savoir si les motifs énoncés correspondaient ou non à la réalité. Voilà pourquoi, dans l'arrêt *Monod*, le Conseil d'Etat put maintenir la mesure attaquée, alors que, dans l'affaire *Trépont*, il fut amené à annuler la décision incriminée, étant donné que les circonstances mêmes de la cause révélaient l'attitude absolument condamnable de l'administration.

Les conclusions présentées par M. Rivet, commissaire du

(1) Cons. d'Et. 23 mars 1923 *Blanchard*; arrêt *Lefranc* cité au texte.

gouvernement, dans l'affaire *Trépont*, dans lesquelles la conduite de l'administration est sévèrement critiquée et où il a été fait observer d'une façon expresse que l'erreur n'était pas involontaire, indigent, d'ailleurs, nettement quel est le sens qu'il y a lieu d'attribuer aux décisions du Conseil d'Etat rendues dans ces matières (1).

Ainsi la décision *Trépont*, bien que visant uniquement l'inexistence du fait déterminant allégué par l'administration, ne consitue, *en réalité*, ni une application du contrôle de l'erreur de fait au sens propre de ce mot, parce qu'en l'espèce l'administration ne s'était nullement trompée, ni un cas de contrôle de l'existence d'une catégorie juridique affirmée par l'administration, ainsi que le veut M. Hauriou, puisque l'administration, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, n'est pas tenue à l'observation stricte d'un réseau de catégories légales. Il est beaucoup plus simple de considérer cet arrêt comme une application particulière du contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*, en ce sens qu'il tendait, avant tout, à censurer l'attitude, peu conforme aux règles de la bonne administration, observée par l'auteur de la décision attaquée (2).

Nous ne croyons pas qu'en reproduisant la formule, peu heureuse à notre sens, donnée dans l'arrêt *Trépont* et dans d'autres arrêts intervenus dans des conditions semblables (3), le Conseil d'Etat ait définitivement voulu s'écarter du point de vue que nous venons de formuler pour s'engager dans la voie indiquée dans la note de M. Hauriou mentionnée ci-dessus. Nous pensons, au contraire, que le

(1) Cf. *Rev. dr. p.* 1922, p. 81 et s. « Dans l'affaire *Trépont*, remarque que M. JÈZE, la désinvolture méprisante avec laquelle le gouvernement « a traité un préfet, les déclarations mensongères du ministre de l'Intérieur ont révolté le Conseil d'Etat. Celui-ci, *emporté par l'indignation*, a peut-être statué *ultra petita* et annulé un décret alors que « l'intéressé semble n'avoir demandé que l'annulation d'un visa du « décret ».

(2) Cf. G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté* 1924, p. 104.

(3) V. les arrêts cités ci-dessus, p. 322, note (1)

haut tribunal administratif continuera à se laisser exclusivement guider dans les affaires de ce genre par des considérations de moralité, que lorsqu'il aura à apprécier, par la suite, des décisions prises par l'administration en pleine connaissance de cause et dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il n'annulera, conformément à la doctrine exprimée dans l'arrêt *Monod*, que dans les cas où l'énoncé des motifs inexacts aura servi de prétexte à l'auteur de l'acte attaqué pour porter atteinte aux règles de la bonne administration et de la *moralité administrative*.

La théorie du contrôle juridictionnel de l'existence matérielle des motifs d'une décision administrative, dans les cas d'erreur volontaire dans les motifs énoncés dans l'acte, telle que nous la comprenons, s'apparente donc étroitement à celle du *détournement de pouvoir*.

D'après notre doctrine, l'inexistence des motifs dans les cas envisagés ne devrait être retenue que comme élément pouvant faire présumer une atteinte aux règles de la bonne administration, étant entendu que l'administration sera toujours admise à prouver, à l'encontre de cette présomption, qu'elle avait des raisons graves de ne pas énoncer les motifs réels de son intervention. Cette thèse a, d'autre part, l'avantage de ne pas entamer les pouvoirs très larges qui doivent appartenir à l'administration en matière de mise à la retraite de certains hauts fonctionnaires. On ne peut refuser, d'une manière absolue, au gouvernement le droit de ne pas toujours exprimer, dans ce domaine, les motifs exacts de son intervention alors qu'il lui paraît préférable d'énoncer, pour des raisons de bonne administration, des motifs contraires à la réalité des faits. C'est ainsi, notamment, que dans l'affaire *Monod*, l'administration avait énoncé des motifs erronés pour éviter que la mesure prise à l'égard du requérant pût être considérée comme mesure disciplinaire. Il est évident que, dans ce cas, l'application stricte de la théorie du *fait déterminant* — *cause juridique* qui, à la rigueur, pourrait peut-être se justifier en ce qui concerne les actes pour lesquels la loi a imposé l'obligation de



motiver (1), ne saurait qu'entraver les initiatives légitimes de l'autorité administrative.

## § 2. — *L'erreur de fait proprement dite*

I. Arrêts essentiels rendus par le Conseil d'Etat. — II. Caractère juridique du contrôle de l'erreur de fait *stricto sensu*. — III. Conclusion.

I. — Nous venons d'envisager l'application du contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'Etat plus spécialement sous l'angle du contrôle de décisions administratives qui, bien qu'énonçant des motifs apparemment erronés, avaient été prises par l'administration en parfaite connaissance de cause.

Mais, il peut arriver et, en fait, il arrive souvent que l'administrateur, en prenant une décision exécutoire comprise dans le cercle de ses attributions légales, commet une véritable erreur, qu'il énonce, *sans en avoir l'intention*, des motifs matériellement inexacts. Il s'agit dans ces hypothèses, non plus de mensonges, mais *d'erreurs réelles* viciant la constatation faite, par l'agent compétent, des faits qui se trouvent à la base de sa décision. Ce sont ces cas seulement qui doivent être considérés comme donnant lieu à l'application du contrôle juridictionnel de l'erreur de fait proprement dite (2).

(1) Nous avons déjà mentionné dans la première partie de notre étude que, de l'avis de certains auteurs, une décision administrative, ne devrait être considérée comme légalement motivée que lorsque les motifs énoncés sont conformes à la réalité des faits. Au cas où un pareil acte contiendrait des motifs inexacts, alors même que les motifs déterminants réels ne seraient pas irréguliers, l'acte devrait être annulé (V. ci-dessus p. 127).

(2) Il convient de distinguer l'*erreur de droit* de l'*erreur de fait*. L'erreur de droit n'a lieu que lorsque les faits se trouvant à la base d'une décision administrative et reconnus constants ont fait l'objet d'une appréciation juridique nettement erronée, alors que l'erreur de fait n'implique aucune atteinte à un principe juridique formel.

« La théorie de l'erreur de droit s'apparente à celle du détournement « de pouvoir. Accomplir, en effet, un acte administratif en lui donnant « un motif illégal, équivaut bien un peu à détourner de la voie de la

Quel est le caractère juridique de ce contrôle ? S'agit-il encore là d'un contrôle contentieux de la *moralité administrative* ?

Disons, tout de suite, que la jurisprudence ne fait pas la distinction que nous proposons. Les termes des arrêts rendus par le Conseil d'Etat dans le domaine propre du contrôle de l'erreur de fait entendue au sens étroit de ce mot ne diffèrent

« légalité le pouvoir indiscutable qu'avait son auteur à l'effet de l'accomplir. On peut, par exemple, révoquer un maire; mais si on le révoque pour avoir soi-disant accompli un acte que la loi défend alors qu'elle le permet, on commet à la fois: une *erreur de droit*, en donnant une mauvaise interprétation de la loi, et un *détournement de pouvoir*, en prononçant une révocation pour des motifs étrangers à la bonne administration » (ALIBERT, *op. cit.*, p. 279).

Mais bien qu'il soit possible de rattacher ainsi le contrôle de l'erreur de droit au contrôle de la moralité puisqu'il porte non sur la légalité de la décision elle-même, mais sur la régularité des motifs (V. encore les conclusions de M. CORNEILLE dans l'affaire *Camino* du 14 janvier 1916 (S. 22.3.10.) dans lesquelles le commissaire du gouvernement présente des cas d'erreur de droit comme des cas de détournement de pouvoir), il peut paraître plus conforme à la vérité juridique de la rapporter au contrôle du *système juridique* positif parce qu'il tend à assurer d'une façon immédiate l'*interprétation exacte et uniforme de la loi* et que, d'une manière générale, il ne porte pas principalement sur le *but* même de l'acte administratif, critérium essentiel de la moralité.

Un exemple classique du contrôle juridictionnel de l'erreur de droit, laquelle est, du reste apparue à peu près à la même époque que le contrôle de l'erreur de fait, se retrouve dans l'arrêt *Boisselet* du 28 juin 1912 (S. 17.3.9) par lequel le Conseil d'Etat a annulé un arrêté de suspension d'un maire pour le motif que celui-ci avait pénétré dans les salles d'école pendant les heures de classe. L'arrêté préfectoral contenait, dans ses motifs, une erreur de droit, étant donné qu'il frappait un maire pour n'avoir fait qu'user régulièrement des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de 1886 sur l'enseignement primaire. En l'espèce, le préfet avait donc inexactement interprété la loi. La décision administrative n'ayant pas été « *légalement motivée* », le Conseil d'Etat annula pour excès de pouvoir résultant d'une *erreur de droit* caractérisée. (Cf. Cons. d'Et. 20 janvier 1928 *Esquieu* S. 28.3.49. Le régime de l'école mixte a été prévu par la loi du 30 octobre 1886 dans un but d'économie et non pas comme un système pédagogique; la décision du ministre approuvant une autorisation de coexistence, dans la même circonscription scolaire, de deux écoles affectées l'une comme l'autre aux enfants des deux sexes mais d'âge différent est donc entachée d'excès de pouvoir parce que prise dans un but purement pédagogique, autre que celui prévu par la loi précitée.)

pas des formules exprimées dans les décisions que nous avons mentionnées ci-dessus. Le juge administratif annule toujours pour *défaut de base légale*, pour *violation de la loi*, pour absence de *cause juridique*, etc...

C'est ainsi, notamment, que par arrêt du 22 février 1918, *Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon*, rendu sur recours introduit contre un décret portant fermeture d'un établissement congréganiste sous prétexte que cet établissement avait cessé d'exister, le haut tribunal administratif, après avoir constaté que si, « à la date où le décret attaqué « a été rendu, l'établissement enseignant avait cessé d'exister, les sœurs... exerçaient encore... les œuvres de charité « envers les malades », a jugé qu'il suivait de là « que l'établissement... n'avait pas disparu et qu'ainsi le décret... « était fondé sur un motif erroné et avait, dès lors, été pris « en violation de la loi et qu'il y avait lieu d'en prononcer « l'annulation dans celle de ses dispositions qui concernait l'établissement en question ».

Le Conseil d'Etat annule pour *violation de la loi*, bien que l'article 13, §3, de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ne soumette le droit de dissolution reconnu au Président de la République en conseil des ministres à aucune condition et qu'en l'espèce le gouvernement, sans poursuivre, semble-t-il, un but étranger à la bonne administration, n'ait commis qu'une simple erreur de fait (1).

(1) Etant donné sa jurisprudence rigoureuse en matière de dissolution de congrégations religieuses, on peut admettre que le Conseil n'aurait pas annulé si dans le décret il n'avait pas été spécifié que la décision avait été prise par *simple mesure d'ordre*. Ce motif devait enlever toute base réelle à la décision administrative attaquée, et c'est dans cette circonstance qu'il convient de trouver l'explication de la contradiction apparente existant entre la solution donnée dans l'arrêt mentionné au texte et la décision du 18 février 1921 *Leducq* (Cf. ci-dessus p. 290 et s.). Dès que les questions qui lui sont soumises en pareille matière sont de nature à l'entraîner dans une appréciation trop délicate des faits, le juge de l'excès de pouvoir se récusé en se retranchant derrière l'affirmation que les pouvoirs de dissolution attribués à l'autorité administrative ont un caractère *absolu*. Remarquons, d'ailleurs, que l'inexistence de motifs alléguée dans l'affaire *Leducq* n'était pas *flagrante* (Cf. ci-dessous p. 328 l'arrêt *Gérard* du 5 juillet 1918).

Un cas intéressant d'erreur de fait a été relevé par le Conseil dans un arrêt du 5 juillet 1918 *général de Noué*.

Les circonstances de cette affaire, qui ressortent nettement des termes mêmes de l'arrêt, étaient les suivantes : Par une première décision, le ministre de la Guerre avait relevé le général de Noué de son commandement et l'avait replacé dans la deuxième section du cadre de l'état-major de l'armée à laquelle il appartenait déjà lors de la mobilisation. La décision ministérielle était motivée par le fait que le général avait maintenu, contrairement aux instructions qu'il avait reçues, des hommes du service armé dans certains emplois qui auraient dû être confiés exclusivement à des hommes du service auxiliaire. Or, il put être établi que le requérant ne s'était nullement rendu coupable des faits qui lui étaient reprochés. Par une seconde décision, le ministre, « usant de ses pouvoirs discrétionnaires », refusa de remettre le général en activité. Sur recours de l'intéressé, le Conseil d'Etat déclare « que, si le ministre de la Guerre « est investi, en ce qui touche le maintien ou le non-maintien en activité des officiers placés dans le cadre de « réserve, de pouvoirs discrétionnaires, qui comportent « une *souveraine* appréciation de ce que commande l'inté-  
« rêt du service, il ne pouvait, comme il l'a fait par sa pre-  
« mière décision, relever cet officier général de son com-  
« mandement en se fondant *uniquement*... sur des faits  
« *matériellement inexacts* » et il constate l'excès de pouvoir, sans, toutefois, annuler la seconde décision prise par l'autorité administrative dans l'exercice régulier de son *pouvoir discrétionnaire*.

On remarque que, dans cet arrêt, le juge se borne à déduire l'excès de pouvoir de la seule *inexactitude matérielle des faits allégués* par l'administration.

Dans l'arrêt *Gérard* du 5 juillet 1918, nous rencontrons la formule suivante : « Il n'appartient pas, dit le juge, au  
« Conseil d'Etat d'examiner l'opportunité de la mesure ni  
« le bien-fondé des motifs, sauf dans le cas où l'*inexistence*  
« *flagrante* des faits allégués laisserait sans aucune base

« l'acte attaqué... ». Le Conseil ne dit pas s'il s'agit de base *légal*e ou de base *réelle*. A remarquer qu'ici encore le haut tribunal administratif exige que l'inexistence des faits susceptible de motiver une annulation pour excès de pouvoir soit *flagrante*, alors que dans d'autres arrêts il se contente de la preuve de l'absence pure et simple des motifs servant de base à l'acte attaqué (1). On voit que les formules sont très flottantes (2).

Nous savons déjà comment le Conseil d'Etat, après une période de tâtonnements caractérisée, notamment, par des arrêts dans le genre de ceux que nous venons de reproduire en est arrivé à la formule de la « *cause juridique* », qu'il applique indifféremment dans les cas d'erreur de fait proprement dite et d'erreur volontaire de la part de l'administration. Les arrêts *Trépont*, *Blanchard* et *Lefranc* marquent le dernier état de la jurisprudence en ce qui concerne le contrôle du fait exercé par le juge de l'excès de pouvoir en dehors de l'examen juridictionnel du détournement de pouvoir.

II. — La théorie du « *fait déterminant-cause juridique* » peut-elle être considérée comme s'appliquant, au moins, à ces cas d'erreur de fait proprement dite ?

Reconnaissons qu'ici on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative. En effet, lorsqu'un agent administratif prend une décision sur la base d'une situation de fait dont il admet l'existence, alors que cette situation est après coup reconnue inexistante, l'acte administratif intervenu dans ces conditions manque de toute *base réelle*. C'est l'absence *complète* de tout *fait déterminant*. Si *fait déterminant* équivaut à *cause juridique*, comme le veut M. Hauriou, il y aurait donc en ce cas inexistence de *cause juridique*.

Cependant, nous nous refusons encore à nous rallier à

(1) Cf. l'arrêt *Mourguès* du 31 octobre 1913, rendu dans des circonstances analogues (suspension et révocation de maire) où le Conseil d'Etat déclare simplement « que le requérant n'établit pas l'*inexistence* des faits relevés à sa charge par l'arrêté et le décret attaqués... ».

(2) Cf. encore Cons. d'Et. 18 juin 1915 *Ponsonnaille*.

cette manière de voir. Nous ne croyons pas que le *fait déterminant* puisse être considéré comme la *cause juridique* des actes administratifs, puisque nous repoussons, en vertu même de la conception du *pouvoir discrétionnaire*, la thèse d'après laquelle « les divers actes administratifs sont « tous répartis en des *catégories légales diverses* » dont l'administration ne peut s'écarter sans porter une atteinte indirecte à la loi de sa compétence.

D'ailleurs, il est dans la logique de cette théorie à caractère essentiellement objectif que si l'on admet son application à l'erreur de fait proprement dite, elle doit s'appliquer également dans les cas où les décisions, basées apparemment sur des motifs erronés, ont été prises par l'administration en parfaite connaissance de cause. Nous rappelons qu'il nous paraît impossible d'admettre pareil résultat (1).

(1) Dans la dernière édition de son *Traité de Droit constitutionnel* (t. II, p. 404 et s.), M. DUCURR justifie les solutions données par le Conseil d'Etat dans les affaires *Trépont*, *Blanchard* et *Lefranc* en déclarant qu'il y a eu annulation pour inexistence ou fausse allégation du *but déterminant*. Pour lui, le « *motif impulsif* », qui provoque chez l'agent l'idée de la possibilité de vouloir une certaine chose, et qui, comme tel, doit demeurer sans influence sur la valeur même de l'acte de volonté, se confondait, dans ces espèces, avec le *but déterminant*, critérium essentiel de la valeur de l'acte. La demande de mise en congé est le *motif impulsif*, cause occasionnelle de la décision administrative donnant satisfaction à la demande; mais cette décision elle-même a justement pour *but* d'y satisfaire. Voilà comment se présenteraient les choses dans la réalité.

Cette théorie ingénieuse et assez séduisante du *motif impulsif* — *but déterminant* ne nous satisfait pas plus que la thèse de M. HAURIOU, dont elle prend le contrepied. Il importe, en effet, de ne pas confondre deux éléments de caractère bien différent, confusion qui se ferait encore au dépens du pouvoir discrétionnaire. *Juridiquement*, ces éléments doivent *toujours* être soigneusement distingués : le *fait déterminant* ou « motif impulsif », éminemment variable et extérieur à l'acte de volonté, ne peut guère se muer en *but déterminant*, au sens propre de ce mot, puisque celui-ci doit toujours être envisagée du point de vue de la poursuite par l'agent administratif du bien du service. Nous ne nions pas qu'il existe une certaine corrélation entre le *fait déterminant* et le *bien du service*. C'est même par ce lien que nous essayons de justifier au texte les solutions données par le Conseil d'Etat en matière d'« erreur de fait » (v. ci-après p. 331 et s.). Mais les points de jonction sont fournis par la seule idée de *pouvoir discrétionnaire* dont l'exercice ne se justifie que dans la mesure où il est susceptible de se réaliser conformément aux postulats de la bonne administration.

Pour expliquer le pouvoir d'annulation appartenant au juge administratif quant aux décisions exécutoires entachées d'erreur de fait, il faut, bien entendu, écarter, de prime abord, la théorie générale des *vices de la volonté*. On sait que *l'erreur* peut être une cause d'annulation des actes juridiques. La décision exécutoire étant un acte juridique, on pourrait être tenté de lui appliquer une théorie analogue à celle du droit privé. Or, dans le domaine de la décision exécutoire, nous ne nous trouvons plus en présence d'actes du commerce juridique ordinaire mais de manifestations unilatérales de la puissance publique qui ne sauraient être considérées, de prime abord, comme nulles chaque fois qu'elles sont entachées d'erreur de fait ; il faut noter ensuite que la théorie de l'erreur, cause de nullité d'un acte juridique, a été conçue en vue de la sauvegarde des intérêts d'une personne qui se serait *engagée* à la suite de représentations erronées et que comme telle elle ne saurait évidemment s'appliquer à des décisions exécutoires prises par l'administration dans l'exercice de son *pouvoir discrétionnaire*, puisqu'il ne s'agit plus ici de protection. La question ne mérite donc pas qu'on s'y arrête.

A notre avis, le contrôle juridictionnel de l'erreur de fait porte tout simplement sur la *direction* bonne ou mauvaise imprimée par l'administration à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Il est évident, tout d'abord, qu'en cas de décision prise sur la base d'appréciations de fait *en tous points* erronés, le pouvoir discrétionnaire appartenant à l'administration ne s'est pas exercé pour le *bien du service*. Or, nous savons déjà que la poursuite du bien du service est le critérium essentiel de la régularité de l'acte administratif. *Subjectivement*, l'auteur de l'acte a parfaitement pu poursuivre des buts conformes aux règles de la bonne administration ; il n'en reste pas moins qu'*objectivement* l'acte tend à un résultat qui, par la force même des choses, n'est pas susceptible de se réaliser. Si, déjà, l'on fait abstraction, pour l'appréciation de la régularité d'une décision administrative,

des *intentions subjectives* de l'auteur de cette décision, il est dans la logique des choses qu'on tienne compte du résultat *apparent* de l'acte, savoir de la conformité de ce résultat aux principes de la bonne administration, alors même qu'il n'apparaît pas que l'agent administratif, dans l'exercice de sa compétence légale, ait eu en vue des buts autres que le bien du service. Dans les cas d'erreur de fait, il conviendrait de dire, en élargissant quelque peu la formule du *détournement de pouvoir*, que l'agent administratif *a fait usage de son pouvoir discrétionnaire dans des conditions telles qu'il était absolument impossible de concevoir, d'après les circonstances de la cause, que cet usage tournât au bien du service.*

Nous reconnaissons volontiers que cette formule est un peu tortueuse. Nous l'avons émise pour écarter la thèse de la *cause catégorique* qui, telle qu'elle a été admise, renferme des éléments dangereux susceptibles de provoquer des résultats inadmissibles (1). En somme, ce qu'il y a lieu de

(1) Si, pour l'appréciation de la valeur juridique des décisions exécutoires, on tient absolument à faire intervenir la notion de *cause*, il conviendrait donc de rechercher la cause de l'acte non pas dans le fait déterminant considéré en lui-même, mais bien plutôt dans l'idée de service public devant être réalisée par l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. En ce sens, une décision administrative ne serait *causée* que dans la mesure où elle a été prise dans des conditions telles que, *par elle-même*, elle est susceptible de se réaliser en vue du bien du service. Nous substituons ainsi à l'ordre purement objectif des *catégories réelles* le plan plus élastique de la *finalité*.

Remarquons encore que, dans sa note précitée sous l'arrêt *Lefranc*, M. HAURIU, dont la pensée intime dans toutes ces matières n'est, d'ailleurs, pas très facile à saisir, regrette qu'en droit civil « le principe de l'autonomie des volontés posé par l'article 1134 et interprété avec un imprudent libéralisme semble avoir submergé toute espèce de catégories dans l'immense domaine des conventions et, par suite, avoir totalement détruit l'intérêt pratique de la cause juridique objective ». Des considérations du même ordre préoccupaient déjà M. Fr. GENY, lorsque, dans son ouvrage magistral intitulé *Science et technique en droit privé positif* (1921), il montrait la nécessité d'accorder le principe de l'autonomie de la volonté, qu'il n'a, d'ailleurs, pu se décider à réduire franchement à ses justes proportions, avec le besoin de la création de catégories réelles nettement caractérisées (*op. cit.*, III<sup>e</sup> par-



retenir ici, c'est que le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne se justifie que dans les cas où l'administration a eu la faculté *effective* de se rendre un compte exact de tous les éléments de l'opportunité de son intervention : faculté justement exclue par l'erreur de fait.

C'est à ce point de la discussion que nous pouvons faire intervenir la notion de *rationalité* que nous avons cru inutile et même dangereuse d'introduire dans le droit administratif pour *remplacer* spécialement celle de la *moralité administrative*. *Une décision administrative prise sur la base d'appréciations de fait absolument erronées est, en effet, au premier chef, une intervention irrationnelle, contraire non pas tant, peut-être, aux règles de conduite s'imposant à l'administration qui visent plus spécialement les fins particulières devant être poursuivies par les agents publics, qu'à l'idée même du pouvoir discrétionnaire qui n'a de raison d'être que par la faculté qu'il laisse à l'administrateur d'apprécier librement l'opportunité de son action.*

En définitive, nous croyons que, pour expliquer le contrôle juridictionnel de l'erreur de fait, point n'est besoin de faire appel à la théorie, d'apparence rigide, de la *cause juridique* — *fait déterminant* qui multiplie inutilement les catégories légales et risque, en même temps, de détruire la souplesse de la notion de pouvoir discrétionnaire (1).

tie, chap. V, *Du rôle des catégories réelles dans la technique du Droit*, p. 123 et s.).

Nous rappelons, une fois de plus, que l'essentiel n'est pas tant de multiplier les catégories réelles purement objectives au risque de sacrifier à la technique le développement libre d'initiatives fécondes et en elles-mêmes légitimes, que de prendre conscience, tout en se gardant, bien entendu, de ruiner les bases essentielles de la technique juridique, de l'idée même qui domine et pénètre les diverses manifestations de l'activité publique pour en tirer les principes de limitation qui doivent être opposés aux volontés agissantes: Au jeu d'une technique par trop envahissante nous substituons ainsi la conception à la fois idéaliste et finaliste des possibilités de réalisation du droit telle qu'elle vient, notamment, d'être indiquée par M. G. RENARD dans son ouvrage *La Valeur de la Loi* (1927) (pour la critique de cet ouvrage v. ci-après p. 452, en note).

(1) M. BONNARD, tout en voyant dans le contrôle exercé par le Conseil d'Etat en ces matières des cas d'application du contrôle de la léga-

Qu'on ne dise pas qu'en prenant, ainsi, pour critérium de la régularité de l'acte administratif le résultat irrationnel de l'intervention administrative motivée par l'erreur de fait, nous aboutissons, par un choc en retour, à porter atteinte à ce pouvoir discrétionnaire que nous prétendons sauvegarder. L'irrationalité d'une mesure administrative, telle que nous l'entendons, ne peut être considérée comme établie que dans les cas où cette mesure se révèle absolument contraire aux raisons d'agir de l'administration publique. Il en résulte que, suivant notre doctrine, ce n'est pas la fausse *appréciation* des faits comme telle, mais l'*absence* apparente ou l'*inexistence* flagrante des faits allégués par l'administrateur qui vicie l'acte administratif ; l'idée de l'institution administrative ne s'oppose nullement, par elle-même, aux initiatives de l'autorité publique que l'on pourrait considérer comme ne s'adaptant pas exactement aux faits sur lesquels elles s'exercent, elle implique au contraire l'existence et le plein développement du pouvoir discrétionnaire comme élément indispensable au fonctionnement régulier et ininterrompu des services publics ; mais elle appelle ou, au moins, légitime le contrôle de la *matérialité* des faits sur lesquels ce pouvoir s'est exercé, puisque l'exercice effectif et sincère de ce pouvoir suppose nécessairement l'exactitude de ces faits. Nous avons, d'ailleurs, déjà constaté que le

lité entendue au sens large de ce mot, c'est-à-dire comme embrassant la règle coutumière, fait la critique de la théorie de la cause juridique. Après avoir fait observer que cette notion est obscure et que son adoption dans les cas qui nous intéressent ne peut être justifié qu'en rouvrant « l'inextricable discussion de cette notion », il remarque, très justement à notre avis, que son introduction dans la matière du contrôle de l'existence des motifs par le Conseil d'Etat aboutirait à restreindre par de là ses limites normales le pouvoir discrétionnaire de l'administration (Cf. Roger BONNARD, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1923, p. 387).

Il nous semble que lorsque la loi n'a pas fixé les motifs susceptibles de justifier l'intervention administrative, celle-ci ne saurait être limitée par aucune théorie proprement légale telle que celle de la cause juridique empruntée au droit civil ; les principes de la *moralité administrative* qui empêchent l'administration de poursuivre des buts non conformes à l'idée de la fonction exercée par elle à un moment donné, suffisent largement pour réprimer les activités abusives, tout en laissant libre jeu aux prérogatives indispensables de la puissance publique.

Conseil d'Etat n'annule pas lorsque l'erreur commise par l'administration ne porte pas nettement sur le fait déterminant (1). Il convient de rappeler, au surplus, que c'est précisément la théorie de la *cause juridique* qui renferme le danger d'une restriction excessive du pouvoir discrétionnaire.

En résumé, et abstraction faite des formules quelque peu énigmatiques, et, en tout cas, peu heureuses, à notre sens, employées par le juge de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat, en l'état actuel de sa jurisprudence, annule les décisions administratives entachées d'erreur de fait toutes les fois que ce vice affecte la mesure incriminée de telle façon qu'elle peut être considérée comme contraire à l'idée même du pouvoir administratif, lequel ne saurait se réaliser dans le cadre légal qu'en vue de certains buts administratifs auxquels il demeure subordonné et sur la base de situations de fait reconnues existantes.

III. — Ainsi, nous voyons qu'en admettant le contrôle de l'erreur de fait, quelle que soit, d'ailleurs, la définition juridique que l'on donne de cette nouvelle ouverture au recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a puissamment contribué à la *moralisation* de l'activité administrative, tout en sauvegardant le *pouvoir discrétionnaire* de l'administration. Ce contrôle tend, en effet, à assurer le respect des règles de *prudence* et de *loyauté* indispensables à la bonne solution des problèmes soumis à la vigilance des administrateurs. L'entrée dans notre droit administratif des ouvertures de *l'erreur de droit* et de *l'erreur de fait* (2) venant

(1) Cf. Cons. d'Et. 18 février 1921 *dame Ledueq*; 5 juillet 1918 *Gérard*.

(2) Les pouvoirs de contrôle du juge en cette matière ont été bien définis dans l'arrêt du 14 janvier 1916 *Camino* (S. 22.3.10) où il est déclaré que « si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des « mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de « pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la *matérialité* des « faits qui ont motivé ces mesures et, d'autre part, dans le cas où les- « dits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient *légalement* moti- « ver l'application des sanctions prévues ».

Il résulte nettement de cette formule que le juge a mission de recher-

compléter le recours pour excès de pouvoir a définitivement consacré la subordination nécessaire du pouvoir administratif aux règles juridiques découlant de la mission même de l'administration publique.

cher, tout d'abord, si les faits sur lesquels s'appuie une décision administrative sont constants et, ensuite, si la question de droit proprement dite a été régulièrement tranchée par l'administrateur, c'est-à-dire si ces faits ont donné lieu à une appréciation juridique correcte (Comp. G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 355 et s.). En ce qui concerne spécialement les faits de l'affaire que nous mentionnons, le Conseil d'Etat s'exprime ainsi: « Considérant, dit-il, que l'arrêté (de « suspension) et le décret (de révocation) attaqués sont fondés sur deux « motifs qui doivent être examinés séparément; — considérant, d'une « part, que le motif tiré de ce que le maire d'Hendaye aurait méconnu « les obligations qui lui sont imposées par la loi du 5 avril 1884, en ne « veillant pas à la décence d'un convoi funèbre auquel il assistait, « repose sur des faits et des allégations dont les pièces versées au « dossier établissent l'*inexactitude*; — considérant, d'autre part, que le « motif tiré de prétendues vexations exercées par le requérant à l'égard « d'une ambulance privée... relève des faits qui, outre qu'ils sont in- « complètement établis, ne constitueraient pas des *fautes* commises par « le requérant dans l'exercice de ses attributions, et qui ne seraient « pas, *par eux-mêmes*, de nature à rendre impossible le maintien du « sieur Camino à la tête de l'administration municipale; que, de tout « ce qui précède, il résulte que l'arrêté et le décret attaqués sont enta- « chés d'excès de pouvoir, etc.... ».

Ainsi, le préfet des Basses-Pyrénées et le Président de la République, en suspendant et en révoquant le maire d'Hendaye de ses fonctions, avaient commis, en premier lieu, une *erreur de fait flagrante*, le sieur Camino ne s'étant nullement rendu coupable des faits qui lui étaient reprochés, et, ensuite, une *erreur de droit*, le maire qui, dans son attitude à l'égard de l'ambulance privée, s'était purement et simplement conformé à une délibération du conseil municipal, n'ayant accompli aucun acte auquel on aurait pu attribuer le caractère de faute et qui, de ce fait, aurait pu *légitimement* motiver les mesures disciplinaires prises à son égard.

L'ensemble de ces circonstances fait, d'ailleurs, ressortir que l'intervention de l'autorité supérieure avait été inspirée par des considérations étrangères aux règles de la bonne administration et qu'ainsi l'arrêt rendu sur recours de l'intéressé présente, à n'en pas douter, le caractère d'une application du contrôle contentieux de la conduite morale de l'autorité administrative. On doit admettre, en effet, non seulement qu'en l'espèce les autorités compétentes avaient agi avec une négligence coupable, mais encore que le but auquel elles tendaient n'était pas le *but de service* qui aurait pu régulièrement déterminer les mesures prises à l'égard du maire. La décision du Conseil d'Etat ne visait pas seulement la répression d'une *erreur de droit* et d'une *erreur de*

En matière de contrôle de l'erreur de fait par le Conseil d'Etat, il se pose une dernière question. Faut-il, en dehors des cas que nous venons d'examiner et qui ne soulèvent que le problème du contrôle juridictionnel de simples *constatations* de faits effectuées par l'administration, reconnaître au juge de l'excès de pouvoir compétence pour contrôler, *chaque fois que l'occasion se présente*, les appréciations faites par l'autorité administrative qui ne rentrent pas à proprement parler dans son pouvoir discrétionnaire au sens précis de ce mot, quelque délicates et difficiles qu'elles puissent paraître ? Sera-t-il toujours possible de critiquer, par la voie contentieuse, le jugement que s'est formé l'administration sur un point donné, alors même que ce jugement ne peut être déterminé par des données absolument objectives et qu'il renferme par la force même des choses un élément important d'appréciation subjective ? Nous répondrons à cette question dans la section suivante et nous verrons alors que la solution que le Conseil d'Etat lui a donnée l'a amené à dépasser quelque peu et en un certain sens les limites qui paraissent lui être fixées par le caractère de sa mission juridictionnelle.

## SECTION II

### Cas particuliers de contrôle de la compétence technique

I. Question de la discrétionnalité technique. — II. Protection des sites et perspectives monumentales. — III. Neutralité des manuels scolaires. — IV. Conclusion.

I. — Comme nous avons déjà eu l'occasion de le signaler (1), on a prétendu que la difficulté de la qualification

*fait* flagrante, mais constituait encore la censure d'un *détournement de pouvoir* caractérisé (Cf., au surplus, les conclusions de M. CORNELLE, commissaire du gouvernement, qui s'est efforcé de faire ressortir l'aspect juridique des questions soulevées par cette affaire, tout en n'ayant pas, semble-t-il, aperçu toute l'étendue et le caractère particulier de la théorie du *détournement de pouvoir*, qu'il ne distingue pas très nettement de la *violation de la légalité* proprement dite).

(1) Voir ci-dessus p. 46.

juridique d'un fait ne suffisait pas à faire de son appréciation une pure question d'opportunité et, par conséquent, à l'imputer au pouvoir discrétionnaire, de telle sorte que le contrôle contentieux qui interviendrait à ce sujet aurait le caractère d'un contrôle juridictionnel de l'opportunité. Nous n'irons pas jusqu'à dire que cette manière de voir est inexacte.

Mais si, d'une part, il est vrai que le contrôle contentieux de l'opportunité n'existe pas comme tel et que, d'autre part, la difficulté qu'on éprouve à résoudre une question n'autorise pas à la situer en dehors de la sphère proprement juridique, il est permis de soutenir que certaines questions dont la solution dépend essentiellement de considérations *subjectives* devraient, bien que théoriquement elles ne sortent pas du domaine propre du droit, être réservées exclusivement à l'appréciation de l'administration active, seule capable de se rendre un compte exact de l'ensemble des éléments des situations de fait sollicitant son intervention, et qu'elles devraient être ainsi soustraites à l'action du contentieux administratif. Car l'autorité juridictionnelle ne doit intervenir que lorsqu'une règle légale, rationnelle ou morale est incontestablement en cause. Le Conseil d'Etat ne devrait entrer dans un examen du fait que pour juger la moralité de l'activité administrative et non pour émettre à la place de l'administrateur des appréciations subjectives, et cela même lorsque la loi a expressément ordonné aux agents compétents de tenir compte, pour la solution d'une question de fait, de certains éléments plus ou moins déterminés. Dans les cas de ce genre, le contrôle juridictionnel ne devrait avoir lieu que pour réprimer les écarts flagrants et nettement abusifs, écarts pouvant, d'ailleurs, faire présumer un détournement de pouvoir caractérisé.

On comprendra, par exemple, plus facilement, l'intervention du juge pour préciser les exigences concrètes de l'ordre, de la tranquillité et de la sécurité publics, qui peuvent être dégagées, sinon toujours très aisément, du moins d'une façon suffisamment objective dans chaque cas soumis

à son examen, que pour l'examen de questions telles que l'appréciation des éléments constitutifs de la perspective monumentale, du site, etc., appréciation qui dépend, pour une large part, de sentiments individuels et qui a donc, le plus souvent, un caractère essentiellement subjectif.

On prétend bien que, dans le cas, par exemple, où l'administration est obligée d'apprécier ce qui constitue une perspective monumentale ou un site, il s'agit en réalité et avant tout de la fixation d'une qualification juridique rendue nécessaire par la disposition législative (1). C'est jouer sur les mots. Il est impossible de fixer, *a priori*, d'une façon objective, les données précises susceptibles de déterminer la qualification de site ou de perspective monumentale, et les solutions qui interviennent dans les cas d'espèce conservent toujours un caractère quelque peu conventionnel. A ce point de vue, il est bien plus difficile de définir la perspective monumentale que le caractère des travaux confortatifs opérés sur un immeuble, soit même les nécessités concrètes de l'ordre public qui conditionnent l'exercice du pouvoir de police. Rendre, dans ces conditions, le Conseil d'Etat juge de ce qui doit être considéré comme constituant une perspective monumentale, c'est lui reconnaître le droit de pénétrer au fond des questions de fait et lui attribuer un rôle que l'on pourrait croire réservé aux seuls administrateurs actifs ; car il ne s'agit plus ici de constatation d'erreurs de faits évidentes, d'*inexactitudes* matérielles, mais — reconnaissons-le franchement — de questions de technique pure, voire même de questions de point de vue.

Et cependant, le Conseil d'Etat n'hésita pas à procéder à un pareil examen.

II. — Un des premiers arrêts qui, à ce sujet, marquent nettement la position de la jurisprudence est l'arrêt du 4 avril 1914 *Gomel* (S. 17.3.25, avec note de M. Hauriou).

(1) V. not. Marc NOËL, *op. cit.*, *Rev. dr.* p. 1924, p. 376 n. (4); concl. CAHEN-SALVADOR dans l'aff. C. d'Et. 19 novembre 1926 *ville de Strasbourg*, *Rev. dr.* p. 1927, p. 211.

Il s'agissait, en l'espèce, de l'application de l'article 4 du décret du 26 mars 1852, complété par l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911, conférant au préfet de la Seine le droit de refuser, par décision individuelle, le permis de construire dans tous les cas où le projet présenté porterait atteinte à une perspective monumentale (1). La loi reproduit, d'ailleurs, une formule de style, en imposant à l'administration l'obligation de tenir compte de la nécessité de concilier l'intérêt de la conservation desdites perspectives avec le respect dû à la propriété privée.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat déclare « qu'il lui appartient de vérifier si l'emplacement de la construction projetée est compris dans une perspective monumentale existante et, dans le cas de l'affirmative, si cette construction, telle qu'elle est proposée, serait de nature à y porter atteinte ». Appliquant cette règle à l'espèce qui lui était soumise, le juge, portant un jugement beaucoup plus esthétique que juridique, affirme que « la place Beauveau ne saurait être regardée, dans son ensemble, comme formant une perspective monumentale. Le préfet qui a refusé le permis de construire a donc fait une fausse application de l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 » (V. encore Cons. d'Et., 1<sup>er</sup> août 1914 *Wiriot* ; *Pillot*, même date ; 15 novembre 1918 *Société d'assurance mutuelle de Paris*).

Nous demandons : En quoi la loi avait-elle été faussement appliquée par la décision préfectorale ? Il nous semble que ce que le juge a affirmé, c'est que l'appréciation faite par l'autorité administrative n'était pas selon ses goûts, que lui, juge, estimait que la place Beauveau ne méritait pas qu'on lui attribuât le caractère esthétique susceptible de justifier une décision de refus de délivrance du permis de bâtir. Question de pur fait, qui ne se serait transformée en question de droit proprement dite que si l'administration avait attribué sciemment le caractère esthétique à un emplacement *notoirement* dépourvu de cette qualité. On peut admettre que

(1) V. pour ces questions Jean DEVAUX, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1925, p. 256 et s.



c'est pour ce cas seulement que la loi précitée réserve formellement la faculté du recours contre les décisions préfectorales. Mais dans la plupart des affaires de ce genre, il peut y avoir doute sur la question de savoir si un emplacement déterminé a ou non le caractère esthétique et cela suffit pour enlever à l'affirmation du juge l'*objectivité* dont elle aurait besoin pour constituer la sanction juridique d'un principe fixé par le législateur.

Des affaires analogues s'étaient présentées à l'examen du Conseil d'Etat en 1922, lorsque dans deux arrêts, l'arrêt *Salin* et l'arrêt *Lévy et Michel* du 24 mars 1922, le Conseil se prononça sur le caractère esthétique du parc de la Muette et de la promenade du Ranelagh en même temps que sur la question de savoir si des constructions projetées par les intéressés étaient de nature à y porter atteinte.

Dans l'arrêt *Salin* le Conseil d'Etat admet que « le parc « de la Muette et la promenade du Ranelagh, qui lui est « contiguë, constituent un site au sens de l'article 118 de la « loi du 13 juillet 1911, et que si les pouvoirs attribués au « préfet de la Seine pour en assurer la conservation ne sont « pas subordonnés à un classement préalable, il résulte de « l'instruction que l'hôtel particulier dont la construction « est projetée par le sieur Salin, *eu égard à son emplace-* « *ment, à ses dimensions et à son style*, n'est pas de nature « à porter atteinte à ce site; qu'ainsi, en refusant au requé- « rant l'autorisation de construire, le préfet de la Seine a « fait une inexacte application de l'article 118 susmen- « tionné ».

D'autre part, dans l'arrêt *Lévy et Michel*, le Conseil relève que les constructions projetées par les requérants, « *eu égard* « *à leur masse et à leur élévation*, n'auraient pu être auto- « risées sans altérer le site ».

Il apparaît avec évidence, à notre avis, qu'on ne saurait attribuer à l'argumentation déduite dans les arrêts que nous venons de mentionner un caractère *spécifiquement* juridique. Ce sont avant tout des considérations d'ordre purement technique et de fait dépourvues de certitude absolue. Il est

donc impossible de soutenir que, dans nos espèces, le Conseil d'Etat se soit fait juge de la *légalité*. Et s'il peut être intéressant de voir proclamer par M. Rivet, commissaire du gouvernement, que le Conseil d'Etat, en tant que juge « des limites des sacrifices que le législateur a entendu imposer à l'intérêt particulier au nom de l'intérêt général », doit, en cas de contestation, à la fois affirmer ou nier « l'existence de la *perspective monumentale* ou du *site*, qui justifie, d'après l'administration, le principe des mesures prises, puis, éventuellement, d'apprécier la *légalité* de ces mesures, eu égard à la construction projetée », on attendra longtemps que le Conseil d'Etat dise, d'une façon précise, ce qu'en l'espèce le législateur, qui n'a jamais été sollicité par de pareilles préoccupations, a entendu imposer à l'intérêt particulier au nom de l'intérêt général (1). La solution des questions qui se posent en pareille matière ne se déduisent pas de la loi, mais exclusivement des faits (2).

III. — Les réflexions qui nous ont été suggérées par les arrêts qui précèdent doivent, semble-t-il, encore nous guider pour résoudre la question de savoir s'il est bien indiqué qu'un débat contentieux puisse s'élever à propos du choix fait par l'administration des *manuels scolaires* pour l'usage dans les écoles primaires publiques.

Nous savons que la loi du 28 mars 1882 consacre le principe de la *neutralité* de l'enseignement primaire en matière religieuse. Les agents de l'Etat ne sauraient donc empiéter sur la liberté des familles et tenter d'influer, par un enseignement tendancieux et contrairement aux droits légitimes des parents, sur la conscience de l'enfant pour lui inculquer leur doctrine philosophique. On comprend que des chefs de famille se soient groupés pour rappeler l'administration au respect du principe de neutralité, et, notamment, pour

(1) V. dans la *Rev. de dr. p.*, 1923, p. 45 et s. les conclusions de M. RIVET.

(2) Cf. G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, p. 105, où l'auteur exprime des doutes sur la légitimité du contrôle de l'erreur de fait proprement dite.

veiller à ce que le choix des manuels scolaires se fasse toujours dans un esprit d'impartialité. Ces groupements, dont la légalité n'est pas contestée, ont certainement le droit de se servir de l'arme que leur fournit le recours pour excès de pouvoir pour faire réprimer certains *abus* commis par l'administration dans l'exercice de sa compétence légale.

Le Conseil d'Etat ne se refuse pas à accueillir de pareils recours (Cf. Cons. d'Et. 14 janvier 1916 *Association des familles de Gamarde-les-Bains* et concl. Pichat dans aff. *dame Chapuis, Porteret, Pichon*, S. 11.3.49).

On peut déduire de l'arrêt de 1916, dans lequel le juge n'a d'ailleurs pas eu à statuer au fond, que le Conseil d'Etat se reconnaît compétence pour examiner si l'inscription officielle de certains manuels scolaires sur la liste des ouvrages pouvant être utilisés dans l'enseignement primaire public ne va pas à l'encontre de la neutralité religieuse.

Il ne faut cependant pas se faire illusion sur la portée et les possibilités de ce contrôle juridictionnel. La neutralité est une notion très vague, elle peut faire l'objet d'appréciations diverses, selon les points de vue auxquels on se place; les faits susceptibles d'être considérés comme une violation de ce principe ne seront pas les mêmes pour un libre-penseur que pour un croyant. Devant les difficultés du problème, nous serions assez enclins à partager l'avis de M. Jèze (*Rev. dr. p.*, 1916, p. 60), qui ne voit pas comment le juge de l'excès de pouvoir pourrait substituer, dans une matière aussi délicate, son appréciation personnelle à celle de l'administration. Nous ne croyons pas le Conseil d'Etat mieux placé que l'autorité universitaire pour appliquer ici des directives objectives donnant satisfaction aux exigences d'un principe dont la portée pratique est difficile à définir. Comment déterminer les bases et les conditions du contrôle du juge dans un domaine où les questions d'appréciation *subjective* tiennent nécessairement une si large place ?

Cela ne veut pas dire que l'examen juridictionnel doive être écarté d'une façon absolue. Mais, à notre avis, le juge de l'excès de pouvoir devrait intervenir non pas pour vérifier

si les manuels choisis par l'administration pouvaient en fait être considérés comme absolument conformes à la *neutralité*, si en fait l'administration a exactement apprécié les exigences de ce principe, mais pour rechercher si, dans son choix, l'autorité compétente n'a pas été déterminée par des *buts* contraires à la règle et s'il n'y avait pas atteinte *flagrante* au droit des familles. En somme, le rôle du juge se limiterait à la répression du *détournement de pouvoir* caractérisé et des violations *flagrantes* de la neutralité religieuse.

IV. — Quoi qu'il en soit, abstraction faite de la question de l'opportunité d'un contrôle tel que celui qui s'est réalisé dans les décisions jurisprudentielles que nous venons d'examiner, il faut encore rattacher cette jurisprudence à la tendance légitime du Conseil d'Etat qui vise à pénétrer de plus en plus dans le détail de la vie administrative pour en saisir tous les éléments qui ne rentrent pas dans le *pouvoir discrétionnaire* proprement dit. Le contrôle de l'erreur de fait, dans toutes ses applications, est le dernier aboutissant de la théorie du *détournement de pouvoir*, bien qu'il ne se rattache pas directement au contrôle de la *moralité administrative*, entendu au sens *précis* de ce mot (1). Par le con-

(1) Dans sa note sous l'arrêt *Gomel* (S. 17.3.25), M. HAURIOU, examinant le caractère juridique du contrôle de l'erreur de fait, s'exprime ainsi : « Après tout, si l'on ne veut pas ériger l'*erreur de fait* en une ouverture séparée, il vaudrait encore mieux l'interpréter comme un *détournement de pouvoir* ». D'autre part, dans la 10<sup>e</sup> édition de son *Précis* (p. 459), l'auteur déclarait encore : « Il nous paraît plutôt que l'erreur de fait est un cas de *détournement de pouvoir*, car c'est user de son pouvoir autrement que pour le bien du service quand on en use sans avoir acquis la compétence technique indispensable sur les faits de l'affaire ». V. aussi la note (3) de la même page. Nous avons vu ci-dessus, p. 320 et s., quel est aujourd'hui le point de vue de l'éminent doyen.

Dans la partie générale, nous avons déjà eu l'occasion d'exposer les diverses théories défendues par la doctrine (V. ci-dessus, p. 70 et s.). Remarquons encore que M. JÈZE, qui critique les théories établissant un compartimentage rigoureux des diverses ouvertures au recours pour excès de pouvoir, se contente de constater le fait de l'existence du contrôle de l'erreur de fait, sans chercher à en approfondir le sens (Cf. JÈZE, *De l'erreur de fait*, etc... *Rev. dr. p.*, 1911, p. 286 et s.; *De la vérification des motifs des actes administratifs*, *Rev. dr. p.* 1917,

trôle de l'erreur de fait, le Conseil d'Etat est entré dans une voie où il se rapproche de plus en plus de l'administration active sans toutefois empiéter sur les attributions de celle-ci ; c'est une des conséquences du principe d'après lequel « le « recours pour excès de pouvoir n'est, en réalité, que la mise « en œuvre par les particuliers d'un contrôle supérieur dans l'intérêt d'une bonne administration » (1).

Mais il convient de ne pas perdre de vue que ce contrôle n'équivaut nullement à un prétendu contrôle de l'*opportunité* des décisions administratives. Le fait n'est pris en considération par le juge que dans la mesure où cet examen lui paraît s'imposer pour vérifier si l'attitude de l'administration a été conforme aux règles fondamentales de l'institution. Le contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir conserve, ainsi, dans tous les cas son caractère juridique, et cela même lorsque le Conseil d'Etat donne des solutions qui ne peuvent plus s'appuyer sur des jugements d'une objectivité absolue parce que, même là, le Conseil ne se laisse jamais guider par des considérations exclusivement

p. 443 et s.). M. APPLETON, dans son *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927, p. 620 et s., voit dans l'erreur de fait une sorte de violation de la loi. Il dit, d'ailleurs, très justement, qu'en matière d'administration publique « la loi générale de l'institution (nous dirions « l'idée générale de l'institution) veut que l'administrateur ne fonde sa « décision que sur des motifs exacts ». Pour M. ALIBERT (*op. cit.*, p. 284 et s.), l'erreur de fait constitue une atteinte à la règle de droit *lato sensu*. V. égal. E. CHALVON-DEMERSAY, *op. cit.*, not. p. 95, qui défend ardemment le point de vue légaliste.

On a remarqué, du reste, qu'un certain nombre de décisions jurisprudentielles qu'on rattache généralement au contrôle du détournement de pouvoir (cf. not. les affaires concernant les manifestations extérieures du culte) peuvent se ramener également au contrôle de l'erreur de fait, en ce sens que, pour annuler, le Conseil d'Etat se base surtout sur l'absence apparente de tout motif susceptible de justifier la décision attaquée (Comp. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., p. 402 et s.; cf. M. HAURIU note au S. 17.3.25., § II; note sous arrêt *Lefranc précité*). Pour toutes les raisons que nous avons déjà fait valoir au texte, nous préférons maintenir toujours l'idée du *détournement de pouvoir*.

(1) Cf. M. NOEL, *op. cit.*, p. 378 et la citation des concl. CORNEILLE dans l'affaire *Baldy* du 10 août 1917, p. 379; M. HAURIU, *op. cit.*; 11<sup>e</sup> éd., p. 384 et s.).

tirées de l'utilité ou de l'opportunité de la décision qui lui est déferée.

Ces constatations nous amènent à insister brièvement sur les limites du contrôle exercé en ces matières par le juge de l'excès de pouvoir.

### SECTION III

#### Les limites du contrôle du fait exercé par le juge de l'excès de pouvoir

I. Appréciation de faits non constants. — L'arrêt *Mariani* du 27 mars 1925. — II. Appréciation de l'opportunité et de l'utilité des décisions administratives.

Dans l'exercice de son contrôle contentieux, le Conseil d'Etat se limite aux questions juridiques, il ne va pas jusqu'à apprécier *en elles-mêmes* les raisons qui ont pu motiver l'intervention de l'administrateur, soit l'utilité d'une mesure (1). « Le juge de l'excès de pouvoir, déclare justement M. Alibert (*op. cit.*, p. 285), ne peut, sous peine « d'usurper les fonctions de l'administration active, apprécier les raisons d'une mesure administrative. Dès l'instant « où il n'existe aucun *détournement de pouvoir* et où les « motifs de l'acte ne sont pas entachés d'*erreur de droit*, « l'*opportunité* de la mesure ne peut être appréciée et l'examen du fait lui est interdit. Il l'est parce qu'il n'y a pas « lieu, dans ce cas, d'aboutir à une déclaration de droit, « cette déclaration étant la seule raison légitime d'une « investigation poussée jusqu'aux faits de la cause ».

Le juge de l'excès de pouvoir se borne, ainsi, à rechercher si l'autorité administrative n'a pas basé sa décision sur des *faits matériellement inexacts*, sur des *motifs juridiquement faux*, ou si l'exercice de ses pouvoirs n'a pas eu lieu en vue de la poursuite d'un *but contraire aux règles de la bonne administration et de la moralité administrative*. Le

(1) Cf. not. Cons. d'Et. 11 juin 1909 *Colman*.

juge ne dépasse jamais les limites, déjà très larges, qui lui sont tracées par les deux idées de l'*erreur de fait* et du *détournement de pouvoir*, telles que nous les avons exposées; il évite scrupuleusement d'empiéter sur le domaine réservé au *pouvoir discrétionnaire* dont la puissance publique doit pouvoir user en toute liberté.

I. — Très souvent même, le Conseil d'Etat procède, dans l'usage qu'il fait de l'instrument si souple du contrôle de l'erreur de fait, avec une prudence extrême. C'est ainsi que là où, par suite de difficultés techniques, il lui apparaît que certaines données ne pourraient être déterminées par lui que dans des conditions notoirement défavorables, il se récuse pour laisser le champ libre au pouvoir discrétionnaire de l'administration active.

a) Le juge de l'excès de pouvoir a, notamment, opposé une fin de non-recevoir aux requêtes lui déférant des décisions administratives portant refus de certains avantages dont l'octroi dépendait essentiellement de l'appréciation de faits qui n'étaient pas *constants*.

Dans les arrêts *Desreumeaux* et *Petrucci* des 25 octobre 1918 et 26 mars 1920, par exemple, il s'interdit d'examiner des recours formés contre des décisions qui avaient refusé l'attribution de l'insigne spécial institué pour les blessés de guerre par diverses circulaires ministérielles, sous prétexte « que les moyens soulevés par les requérants impliquaient uniquement l'appréciation des infirmités par eux invoquées, de leur origine, des conditions de leur aggravation et des divers éléments de preuve fournis à cet effet, que ces moyens n'étaient pas au nombre de ceux que les requérants auraient pu soumettre au Conseil d'Etat statuant au contentieux à l'appui de leurs recours ».

D'autre part, dans l'arrêt *Guillemette* du 23 janvier 1920, le Conseil d'Etat déclare que si un fonctionnaire mobilisé, ayant contracté devant l'ennemi une maladie résultant du service, peut, sous certaines conditions, être mis en congé avec traitement intégral jusqu'à son rétablissement ou sa

mise à la retraite, « l'inexacte appréciation qu'aurait faite le « ministre, d'après le requérant, des origines de la maladie « n'est pas de nature à être invoquée comme un moyen « d'annulation pour excès de pouvoir de la décision « attaquée ».

Ces solutions ne sauraient être attribuées qu'à un excès de scrupule qui ne se justifie nullement par des considérations spécifiquement juridiques. Les appréciations de fait auxquelles aurait dû se livrer le Conseil d'Etat en pareille matière ne différaient aucunement des investigations souvent fort délicates auxquelles, cependant, le juge ne s'est jamais refusé de se livrer dans d'autres domaines (1).

b) Dans cet ordre d'idées, on pourrait encore signaler l'arrêt *Mariani* du 27 mars 1925 (S. 27.3.57). Le Conseil d'Etat a estimé, en l'espèce, qu'un instituteur qui se plaignait d'un refus opposé à sa demande de congé pour maladie n'était pas recevable à soumettre cette décision de refus au juge de l'excès de pouvoir, étant donné qu'il soulevait ainsi uniquement une question de fait.

Dans sa note sous cet arrêt, M. Hauriou critique sévèrement la solution adoptée par le juge qui, selon l'auteur, aurait très bien pu faire application de la théorie de la *cause juridique* établie par l'arrêt *Trépont* (V. ci-dessus, p. 320 et s.).

On peut considérer, en effet, que dans les espèces de ce genre la théorie des *catégories juridiques* défendues par l'éminent doyen de Toulouse a été prise en défaut. C'est qu'en réalité le juge administratif évite de faire de tels prin-

(1) Cf. à ce sujet ALIBERT, *op. cit.*, p. 287 et s. Dans l'affaire *Dessay* du 13 mai 1910, le Conseil d'Etat a, cependant, examiné l'origine des infirmités contractées par le requérant, ancien sous-officier, auquel le ministre avait refusé de délivrer le congé de réforme n° 1 sous prétexte que les infirmités n'étaient pas dues au service. Il est vrai que ce qui a déterminé le juge de l'excès de pouvoir à procéder à un examen du fait, c'était la circonstance que le refus avait pour effet de priver l'intéressé du droit de concourir pour un des emplois réservés prévus au tableau E annexé à la loi du 21 mars 1905 (V. égal. Cons. d'Et. 1<sup>er</sup> décembre 1899 *dame veuve Bonduelle*; cf. sur ces deux arrêts R. BONNARD, *op. cit.*, *Rev. dr.* p. 1923, p. 374 *in fine*).



cipes, trop rigides pour le développement du droit administratif, une règle absolue et qu'en dépit de certaines formules que nous considérons comme hasardeuses, il se rend très bien compte de cette vérité que les problèmes soulevés par le contrôle du fait exercé par le juge de l'excès de pouvoir ne se ramènent pas tant à des *catégories légales* qu'à l'idée de la *moralité administrative* et du *but de service* qui, seule, est propre à sauvegarder, dans toute la mesure qui s'impose, le principe du pouvoir discrétionnaire de la puissance publique.

c) L'article 60 de la loi du 18 germinal an X, encore en vigueur en Alsace et en Lorraine, dispose qu'« il y aura au moins une paroisse dans chaque justice de paix » et que « il sera, en outre, établi autant de succursales *que le besoin pourra l'exiger* ». Or, la ville de Strasbourg tira argument de cette disposition pour contester la régularité de l'érection d'une nouvelle paroisse à laquelle il avait été procédé sur son territoire, alors qu'aux dires de la ville cette mesure n'aurait pas été justifiée par les besoins religieux.

Le Conseil d'Etat (arrêt *ville de Strasbourg* du 19 novembre 1926, *Rev. dr. p.*, 1927, p. 222), refusa d'examiner ce grief, estimant qu'il ne lui appartenait pas « de rechercher « si les justifications admises à cet égard par le gouvernement étaient suffisantes en l'espèce ».

Dans ses conclusions présentées dans cette affaire, M. Cahen-Salvador, commissaire du gouvernement, fit remarquer, en effet, que sur l'existence des *besoins religieux* il n'était « ni rationnel, ni juridique, ni opportun d'instituer « un débat contentieux » et que ce n'était pas au juge de l'excès de pouvoir « à substituer son appréciation à celle du « gouvernement responsable sur une question de *pur fait*, « *infinitement délicate*, et dont l'examen devait échapper à la « compétence du Conseil d'Etat ». « Comment, s'écrie-t-il, « le Conseil d'Etat serait-il, en dernière analyse, qualifié « pour apprécier les *besoins spirituels* des fidèles ? » (*Rev. dr. p.*, 1927, p. 211 et s.).

Cette thèse ne saurait être qu'approuvée, parce qu'elle

sauvegarde le *pouvoir discrétionnaire* de l'administration dans des cas où seule cette dernière est en mesure d'apprécier exactement, dans toute leur complexité, les éléments de situations qui, bien que visées par la loi, doivent être réglées avant tout sur la base de considérations *d'opportunité*.

II. — Si certains des arrêts que nous venons de mentionner peuvent prêter à critique, on ne peut que se rallier à la jurisprudence du Conseil d'Etat lorsqu'il se refuse d'apprécier, *en lui-même*, l'usage bon ou mauvais fait par l'agent administratif de son pouvoir discrétionnaire.

Nombreux sont les arrêts dans lesquels le Conseil a affirmé le principe qu'il ne lui appartenait point d'examiner l'*opportunité* des décisions administratives et que l'examen contentieux des motifs d'un acte administratif ne se justifie que lorsqu'il y a lieu de rechercher spécialement le *détournement de pouvoir*.

a) C'est ainsi que dans l'arrêt *Roux* du 8 janvier 1909 le haut tribunal administratif déclare qu'il ne lui appartient pas « d'apprécier *en elles-mêmes* les raisons qui ont motivé, « dans l'intérêt du service, la mesure prise contre le sieur « Roux » (1) ; que dans l'arrêt *Dhers* du 28 novembre 1919, rendu sur recours d'un fonctionnaire qui avait été mis en disponibilité sans traitement et qui invoquait à l'appui de sa requête que la mesure prise à son égard était injustifiée et aurait été dictée par des considérations étrangères au service, le Conseil a jugé qu'il ne lui appartenait pas « d'apprécier l'*opportunité* de la mesure, d'ailleurs non entachée « de *détournement de pouvoir*, qui a été prise à l'égard « du requérant ».

Peu importe au juge qu'une mesure disciplinaire prise à l'égard d'un fonctionnaire ait été injuste ou non, pourvu que la décision administrative attaquée ait été *légitime*, qu'elle ait été basée sur des motifs *réels*, que ces motifs aient pu *légalement* motiver une sanction disciplinaire et qu'elle

(1) Cf. enc. Cons. d'Et. 19 juin 1903 *Ledochowski*.

n'ait pas été prise en vue d'un *but autre que l'intérêt du service* (1).

b) Les décisions rendues par le Conseil d'Etat dans la matière des naturalisations et expulsions d'étrangers ne sont pas moins intéressantes du point de vue de la fixation des limites du contrôle du fait exercé par le juge de l'excès de pouvoir. Il convient seulement de remarquer que les formules employées par le Conseil ne sont pas toujours bien précises et que jusqu'à une époque récente elles reconnaissaient à l'administration un pouvoir très large, susceptible de rappeler, dans une certaine mesure, l'ancienne théorie de l'*acte discrétionnaire*, pourtant abandonnée.

Dans l'arrêt *Schmidt* du 20 février 1920, il est déclaré « qu'il résulte de la comparaison de l'article 2 avec l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 avril 1915, et aussi bien des débats « qui ont eu lieu dans les chambres législatives au cours « de l'établissement de cette loi que le législateur a entendu « laisser à l'appréciation du gouvernement seul le soin de « décider *souverainement* quelles sont celles des naturali- « sations postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 1913 qui seront main- « tenues et celles qui seront rapportées ; qu'ainsi le sieur « Schmidt n'est recevable ni à soutenir que sa naturalisa-

(1) Cf. Cons. d'Et. 7 février 1919 *Cazade*: « Considérant, dit le Conseil, « que le requérant qui ne conteste pas la *matérialité* des faits qui lui « sont reprochés, se borne à soutenir que ces faits ne constituent pas « des *fautes de service* pouvant justifier les décisions attaquées ; « — mais considérant que l'appréciation faite sur ce point par l'adminis- « tration n'est pas de nature à être discutée devant le conseil d'Etat « statuant au contentieux, auquel il n'appartient pas d'apprécier l'*oppor- « tunité* de mesures disciplinaires *régulièrement prises* par l'autorité « compétente *dans l'intérêt du service...* ».

V. encore Cons. d'Et. 12 mai 1911 *Bergès* (« Le sieur B. ne relève « contre la décision attaquée ni un vice de *forme* ni un *détournement de « pouvoir* et il se borne à prétendre que la mesure disciplinaire pro- « noncée contre lui est trop rigoureuse eu égard au défaut de gravité « des fautes qui lui sont reprochées; mais l'appréciation des peines dis- « ciplinaires à infliger aux agents du service départemental des con- « tributions directes n'est pas de nature à faire l'objet d'un débat par « la voie contentieuse »); 19 janvier 1917 *Brémond*; 4 mai 1917 *colonel Lavenir*; 30 janvier 1920 *dame Barrachin*; 19 novembre 1920 *Delorme*; 10 mars 1926 *sieur Cocol*; 17 février 1928 *Mathey* (D. hebdomadaire. 28.227).

« tion ne pouvait être rapportée, par le motif qu'aucun fait « de nature à en justifier le retrait n'aurait été invoqué, « ni à discuter devant le Conseil l'opportunité du décret « attaqué... » De même, dans l'arrêt *Vandendriessche* du 5 mai 1922, le Conseil d'Etat a jugé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier au contentieux « les raisons de fait qui « avaient entraîné le refus de l'enregistrement de la déclaration du requérant ».

D'autre part, dans l'arrêt *Reznicek* du 11 juin 1920, après avoir établi que l'expulsion du requérant, sujet tchécoslovaque, avait été motivée par des propos hostiles à la France, le Conseil d'Etat a estimé que « l'appréciation des faits ayant « motivé l'expulsion et des mesures qu'ils comportaient « appartenait exclusivement au ministre en vertu des pouvoirs de police qui lui ont été conférés par l'article 7 de « la loi du 3 décembre 1849 à l'égard de tout étranger « voyageant ou résidant en France... » (1).

c) Les limites des droits d'investigation du juge de l'excès de pouvoir apparaissent d'une façon toute particulière dans les cas où le haut tribunal administratif est appelé à se prononcer sur des recours formés contre des décisions administratives portant déclaration d'utilité publique à fin d'expropriation.

Il est de principe que le juge n'a pas à apprécier la plus ou moins grande utilité des travaux projetés par l'administration : il doit se borner à examiner si l'objet en vue duquel est intervenue la déclaration d'utilité publique rentre bien dans ceux pouvant justifier une expropriation. Toute appréciation dépassant ces limites n'est plus affaire contentieuse, mais rentre exclusivement dans le *pouvoir discrétionnaire* de l'administrateur, juge souverain de ses initiatives.

C'est ainsi que dans les deux arrêts *Laurent-Champrosay*

(1) Notons que les mesures d'expulsion peuvent être annulées pour *détournement de pouvoir*. Il en a été ainsi décidé notamment pour le cas particulier des expulsions consulaires de ressortissants français en pays de protectorat (cf. Cons. d'Et. 4 décembre 1925 *Colrat* S. 28.3.51).

et de Maraumont des 11 février et 6 août 1910, le Conseil d'Etat a déclaré « que la création d'une place publique « constitue, *en elle-même*, une opération de voirie d'utilité « générale et qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'en apprécier l'*opportunité* ».

Par ailleurs, dans ses conclusions présentées dans l'affaire *commune de Venoix* du 27 avril 1917 (S. 23.3.53), le commissaire du gouvernement, M. Blum, précise ainsi les pouvoirs du juge en pareille matière : « L'appréciation des « motifs qui font déclarer ou non l'utilité publique, dit-il, « appartient à l'administration et à elle seule, sauf contrôle « du juge au point de vue du *détournement de pouvoir*. « Mais le juge peut rechercher si l'opération projetée était, « *en elle-même*, de nature à comporter une déclaration « d'utilité publique. *Il n'y a pas à apprécier le plus ou « moins grand degré d'utilité*. Mais, il peut être amené à « décider si le travail qui fait l'objet de la déclaration rentre « ou non dans la notion, dans le concept de l'utilité publique ». M. Blum constate que « dans toute une série de « décisions, le Conseil d'Etat a exercé ce contrôle, portant, « non sur l'*opportunité* du travail, mais sur sa *nature*, non « sur son caractère d'*utilité*, mais sur son caractère d'*utilité « publique* » (1).

d) Ainsi, les espèces que nous venons de passer en revue font bien apparaître que le juge de l'excès de pouvoir, dans l'exercice de son contrôle portant plus spécialement sur les faits servant de base à la décision administrative dont il est appelé à connaître, s'est efforcé de concilier les exigences de la *moralité administrative* et des règles de la bonne administration avec le respect dû au *pouvoir discrétionnaire* de la puissance publique. Le Conseil d'Etat n'examine jamais

(1) Cf. enc. Cons. d'Et. 8 mai 1914 *Rivière*. V. égal. Cons. d'Et. 10 août 1923 *Giros* où il est déclaré que « le décret attaqué a été rendu « en vue de l'agrandissement d'une colonie scolaire de vacances fondée « par une ville; que cet *objet* est au nombre de ceux qui peuvent donner lieu à une déclaration d'utilité publique et qu'il n'appartient pas « au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier l'*opportunité* de « cette déclaration ».

le fait *en lui-même* ; lorsque, pour apprécier la régularité d'une mesure qui lui est déférée, il est obligé de faire porter ses investigations sur les motifs de la décision administrative, il limite ses recherches à la question de savoir si l'agent administratif n'a pas basé sa décision sur des faits *matériellement inexistants* ou ne pouvant, *en eux-mêmes*, motiver juridiquement la mesure qui a été prise, abandonnant le reste à l'administration, seule juge de l'*opportunité* de ses interventions.

## CHAPITRE IV

### Les solutions judiciaires depuis 1905

---

Quelle est aujourd'hui l'attitude de la jurisprudence judiciaire en face des problèmes soulevés par le principe de la moralité administrative, problèmes qui ont reçu de la part du Conseil d'Etat les solutions que nous connaissons ?

Avant d'aborder en détail l'étude de cette jurisprudence, il convient de dire, dès maintenant, que la Cour de cassation est restée fidèle à sa jurisprudence antérieure, qui, en dehors de certains cas nettement exceptionnels, avait toujours maintenu une conception rigide des facultés comprises dans la compétence de l'autorité judiciaire. En dépit de certaines apparences, la Cour suprême ne s'est pas départie de la rigueur de son point de vue qui l'avait amenée à interdire aux tribunaux, lorsqu'à l'occasion d'une affaire dont ils sont compétemment saisis, ils doivent statuer sur l'exception d'illégalité soulevée à l'égard d'un acte administratif, de procéder par eux-mêmes à l'examen *spécial* des buts poursuivis par l'auteur de cet acte, bien qu'à notre avis — nous croyons devoir le rappeler une fois de plus pour y revenir, d'ailleurs, encore par la suite — le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ne commande nullement une pareille réserve. Nous constaterons même que la Cour de cassation a parfois renchéri sur sa jurisprudence traditionnelle.

Pourtant, comme le juge a bien dû se rendre compte que les peines prévues par la loi ne peuvent être appliquées qu'en cas d'infraction à des règlements réguliers tant sous le rapport de la *légalité* proprement dite que sous celui de la

*moralité*, pareille situation le plaçait dans une attitude fort embarrassante. Le juge de police a cru pouvoir se tirer d'affaire en se servant, dans certains cas, du moyen du *sursis à statuer* jusqu'à décision de la juridiction administrative. A l'heure actuelle, les arrêts du Conseil d'Etat intervenus à la suite de pareils renvois sont relativement nombreux. Mais outre que ce procédé du *recours en appréciation de validité* n'est pas régulier (1), il constitue une complication qui, dans tous les cas, devrait être évitée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Quoi qu'il en soit et à défaut de solutions nous autorisant à conclure que la juridiction judiciaire a *réellement* pénétré l'esprit de la moralité administrative, nous ne pouvons qu'exprimer l'espoir, malheureusement bien faible, qu'un jour la Cour de cassation se rendra compte qu'un revirement s'impose et qu'elle reconnaîtra franchement que le problème de la moralité administrative ne soulève pas seulement des questions de fait — questions d'opportunité — justement soustraites au contrôle contentieux, mais des questions aussi spécifiquement juridiques que celles qui ont trait à l'application des prescriptions formelles de la loi. Nous reviendrons, d'ailleurs, sur tous ces points à la fin de ce chapitre, lorsque nous aurons examiné les arrêts qui caractérisent actuellement la jurisprudence judiciaire.

### § 1<sup>er</sup>. — *Solutions de la Cour de cassation*

a) Parmi les arrêts de la Cour suprême qui nous renseignent le mieux sur l'attitude adoptée par cette jurisprudence, nous relevons, tout d'abord, un arrêt du 12 décembre 1908 *Gascon S. 09.1.61*, aux termes duquel « un arrêté municipal, interdisant aux sociétés musicales de jouer sur les voies publiques de la commune sans autorisation spéciale du maire, est légalement pris, alors que l'interdiction s'applique à toutes les sociétés musicales et que l'autorisation que le maire se réserve d'accorder ne com-

(1) V. ci-après p. 371, note (2).



« porte aucune restriction et peut être obtenue par chaque « société musicale ». Dans l'opinion de la Cour « *l'usage* « *même abusif et vexatoire* de cet arrêté, notamment en ce « que le maire aurait opposé, à quatre reprises différentes, « aux demandes d'autorisation du directeur d'une société « musicale des refus *systématiques* et non motivés, ne sau- « rait donc autoriser ni les parties à enfreindre l'arrêté, le « recours pour excès de pouvoir leur étant, d'ailleurs, ouvert « devant l'autorité compétente, ni le juge de simple police « à refuser de faire application de cet arrêté à un prévenu « poursuivi pour contravention à ses dispositions ».

Dans un arrêt du 9 janvier 1914 *Carpentier* D. 16.1.184, la Cour de cassation déclare également que le rejet *systématique* d'une demande d'autorisation introduite par une société musicale, alors que le maire accordait les autorisations demandées par la « musique municipale », ne pouvait dispenser le juge de simple police d'appliquer aux prévenus les peines prévues par l'article 471, n° 15, du Code pénal, sous prétexte que l'usage fait par le maire de ses pouvoirs était *abusif et vexatoire*, les intéressés n'ayant en ce cas que la ressource de se pourvoir devant l'autorité compétente pour faire juger l'excès de pouvoir.

Ainsi dans nos arrêts, la Cour repousse absolument le contrôle du *détournement de pouvoir* par le juge de simple police. On aura peine à comprendre qu'en dépit du vice apparent des décisions administratives entreprises dans ces espèces, vices tenant à l'immoralité évidente du but poursuivi par leurs auteurs, la Cour suprême ait cru devoir insister sur l'obligation incombant à la partie qui conteste la régularité de l'acte d'en respecter les dispositions et sur le devoir qui s'imposerait au juge de faire dans les cas de ce genre application des sanctions prévues par l'article 471, n° 15, du Code pénal (1).

Dans d'autres arrêts nous rencontrons de nouveau la for-

(1) Cf. encore Cass.- crim. 5 mai 1905 *Méresse* S. 08.1.203. Nous rappelons que la Cour de cassation déplace le problème en confondant constamment *moralité* et *opportunité* des décisions administratives.

mule dont la Cour avait déjà usé dans plusieurs décisions antérieures. C'est ainsi, notamment, que dans l'arrêt du 3 mai 1912 *Solignac* S. 14.1.420, la Cour se borne à affirmer que « l'autorité judiciaire, qui doit assurer par l'application des peines de l'article 471, n° 15, du Code pénal, l'exécution des règlements légalement faits par l'autorité administrative, a compétence pour apprécier les exceptions et moyens de défense fondés sur l'illégalité même de ces règlements » et que, dans ces conditions, le juge de police a « le droit de rechercher si le règlement critiqué avait été pris par le maire... dans le cercle de ses attributions légales ».

Deux arrêts du 6 juillet 1911 *demoiselle Maraval* S. 14.1.422 précisent que le juge de police a le droit et le devoir « de rechercher si les dispositions de l'arrêté dont l'application est requise rentrent dans le cadre des attributions de l'autorité qui les a édictées, et si elles concernent des intérêts placés sous la surveillance de cette autorité ».

Ainsi, la Cour omet toujours de faire entrer dans le champ des investigations de l'autorité judiciaire l'examen du *but* spécial poursuivi par l'acte faisant l'objet de l'exception soulevée devant le juge de police ; il lui suffit, pour l'application régulière des peines prévues par la loi, que les prescriptions ou les défenses enfreintes par les prévenus aient été prises dans le cadre des attributions légales de l'administrateur et que celui-ci se soit borné à faire usage des facultés comprises dans les droits propres qui lui ont été reconnus par la loi quels qu'aient pu être les *buts* réels poursuivis dans chaque cas.

Voyons encore deux affaires plus récentes :

Un arrêté du maire de Biarritz du 1<sup>er</sup> août 1904 avait fait défense aux baigneurs « de s'habiller et déshabiller sur les plages ou falaises ou dans tout autre lieu que dans les établissements de bains » ; il imposait, en outre, le port d'un costume de bain conforme aux règles de la décence.

Appelée à statuer sur un pourvoi formé contre une condamnation prononcée par le juge de police pour infraction

à ces dispositions, pourvoi fondé sur le moyen que ces dernières avaient été prises non pas en vue d'assurer le bon ordre et la décence, mais dans le but de servir directement ou indirectement les intérêts financiers de la commune, la Cour de cassation (ch. crim.), par arrêt du 6 juin 1924, *Beaugé* (Gaz. Pal. 24.2.231), décida que le texte incriminé « renferme des dispositions propres à assurer le bon ordre et la décence sur les plages de Biarritz réservées pour les bains de mer ; que ces dispositions, édictées par l'autorité municipale dans la limite de ses pouvoirs, ont été prises légalement ; qu'il suit de là que le moyen n'est pas fondé ».

La formule employée par la Cour suprême pour rejeter les pourvois de ce genre est toujours la même ; nous n'y trouvons même pas la moindre allusion à la possibilité d'un *détournement de pouvoir* tel qu'il avait été allégué par la partie auteur du pourvoi et dont il aurait dû être tenu compte par le juge de police.

Nous tenons à faire remarquer que le Conseil d'Etat s'est chargé de mettre les choses au point. Sur recours formé par la partie intéressée, il déclara, d'une part, « que s'il appartient au maire de prescrire les mesures nécessaires en vue d'assurer le maintien du bon ordre et de la décence sur le rivage de la mer, sur les voies et dans les lieux publics, il n'a pu, comme il l'a fait, édicter une prescription qui, par la généralité de ses termes, aurait pour effet d'interdire aux baigneurs de s'habiller ou de se déshabiller en un point quelconque du rivage, quel que soit son éloignement des habitations, sa fréquentation ou la disposition naturelle des lieux, et même dans les habitations particulières » ; d'autre part, « qu'il résulte des pièces versées au dossier que, dans son ensemble, la disposition attaquée a été uniquement motivée par l'intérêt financier de la ville de Biarritz et qu'elle est par suite entachée de *détournement de pouvoir* » (Cons. d'Et. 4 juillet 1924 *Beaugé* Gaz. Pal. 24.2.236).

Une comparaison entre les deux arrêts fait suffisamment

ressortir l'abîme qui existe entre la jurisprudence avisée du juge administratif et les solutions étroites de la Cour suprême (1).

Autre affaire très récente : Nous savons que le maire commet un excès de pouvoir en prescrivant l'acheminement *obligatoire* au marché officiel de marchandises en vue de leur mise en vente. Une telle mesure, qui constitue une atteinte à la liberté du commerce et n'a, en réalité, pour but que d'accroître les recettes de la commune, doit être censurée (comp. Cons. d'Et. 13 janvier 1928 *Taris* D. hebdomadaire 28.139.)

Ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation. Par arrêt du 8 mars 1928 *Salled et autres* (D. hebdomadaire 28.239) elle a admis la régularité de dispositions d'un arrêté municipal prescrivant l'acheminement au marché officiel de marchandises destinées à la vente en gros et prohibant toute transaction, vente ou achat, en dehors du marché public.

Nous retrouvons toujours les mêmes affirmations de principe, qui ne tranchent nullement la question. « Il « résulte, dit la Cour, de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, « que toutes les questions concernant l'ouverture des marchés, les emplacements sur lesquels ils doivent être établis « et la tenue desdits marchés rentrent dans les attributions « de la police municipale et ne sauraient être abandonnées

(1) La Cour de cassation esquivé, autant que possible, la réponse aux questions précises soulevant devant elle le moyen du détournement de pouvoir. C'est ainsi que, dans une affaire où elle s'était trouvée en présence d'un arrêté municipal obligeant les véhicules automobiles de passage dans la commune à se garer sur un emplacement déterminé et à payer à cette occasion un « droit de stationnement », elle a soigneusement évité de faire allusion à la possibilité d'un détournement de pouvoir bien que celui-ci fût invoqué dans le pourvoi; elle se borne, pour casser le jugement attaqué, à relever l'incompétence du juge de police qui avait condamné le prévenu pour refus de paiement de la redevance, d'ailleurs irrégulièrement qualifiée, à notre avis, de « taxe de stationnement » (V. cep. Cons. d'Et. 18 mai 1928 *Laurens* avec les concl. de M. RIVET, *Rev. dr. p.* 1928, p. 517 et s.), « attendu que de ce refus naît « une action civile ayant pour unique objet l'intérêt privé de la « commune et qui, à ce titre, aurait dû être portée devant la juridiction civile » (Cass.-crim. 23 juillet 1927 *Despujol* D. 28.1.53 avec la note de M. WALINE; comp. Cons. d'Et., 18 mai 1928 *Laurens* précité).

« à l'arbitraire des particuliers ; cette règle s'applique à  
 « tous les marchés, quels qu'ils soient, que le terrain sur  
 « lequel ils sont établis soit la propriété d'un particulier ou  
 « celle d'un syndicat ; il s'ensuit qu'en décidant que les  
 « dispositions de l'arrêté municipal... auxquelles il avait  
 « été contrevenu par les inculpés avaient été prises dans  
 « les limites des pouvoirs de police qui appartiennent au  
 « maire, le tribunal de simple police... n'a violé aucun des  
 « textes visés au moyen ».

b) Le contraste entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire apparaît d'une façon toute particulière dans les affaires relatives aux manifestations extérieures du culte.

Alors que, comme nous l'avons constaté, le Conseil d'Etat s'est toujours efforcé de limiter les droits des autorités municipales en la matière, le juge judiciaire s'est refusé à accueillir favorablement l'exception d'illégalité soulevée à l'encontre de décisions manifestement abusives. Nombreux sont les arrêts qui déclarent les peines prévues par la loi applicables à des contraventions commises à l'encontre d'arrêts nettement vexatoires.

Nous mentionnerons, tout d'abord, un arrêt du 26 avril 1907 *abbés Olivier et Rouch* S. 09.1.59, formulé comme suit : « ...Attendu que l'arrêté du maire de Sens du 1<sup>er</sup> septembre 1906 dispose : ( Art. 1<sup>er</sup>. — Toutes manifestations religieuses, et notamment celles qui ont eu lieu jusqu'à présent à l'occasion des enterrements, sont formellement interdites sur la voie publique dans toute l'étendue de la commune de Sens » ; — attendu que cette disposition rentre par son objet dans les attributions de l'autorité municipale ; que l'arrêté qui la renferme vise, notamment, les lois des 5 avril 1884 et 9 décembre 1905 ; qu'il a pour but la police de la voie publique en ce qui concerne les enterrements et les manifestations religieuses ; — attendu qu'aucune disposition de loi ne prescrit à l'autorité municipale l'obligation de mentionner spécialement que les règlements ont été pris en vue d'assurer le bon ordre ;

« qu'il suffit que cet objet résulte de la *nature* de leurs dispositions ; — attendu que, dans ces conditions, il n'y a lieu de s'arrêter aux termes de la délibération du conseil municipal de la ville de Sens du 30 juin 1906, visée par le jugement et dont il est superflu de rechercher la portée ; qu'il suit de là qu'en relaxant les prévenus de la poursuite dirigée contre eux, le jugement attaqué a formellement violé les dispositions de loi visées au moyen ; — casse, etc. ».

Et dans l'arrêt du 28 février 1908 *abbés Olivier et Rouch* S. 09.1.59, intervenu dans la même affaire après jugement sur renvoi, la Cour estime « que, si l'article 2 de la loi du 15 novembre 1887 interdit aux maires d'établir des prescriptions particulières applicables aux funérailles en distinguant suivant leur caractère civil ou religieux, ce texte, qui reproduit une interdiction déjà formulée par l'article 97, § 4 de la loi du 5 avril 1884, doit être combiné avec le § 3 du même article, qui classe au nombre des objets confiés à la réglementation de l'autorité municipale le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes et dans les cérémonies publiques ; que, d'autre part, en interdisant toutes manifestations religieuses sur la voie publique, l'arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 1906 n'a pas eu pour objet d'établir une distinction entre les enterrements à raison de leur caractère civil ou religieux ; qu'il s'est borné à réglementer, à leur occasion, les manifestations extérieures du culte sur la voie publique et n'a, dès lors, nullement méconnu la disposition dont fait état le jugement attaqué ». « L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 décembre 1905, poursuit la Cour, aux termes duquel la République assure la liberté de conscience et garantit le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées par ladite loi dans l'intérêt de l'ordre public, doit se combiner avec l'article 27 de la même loi, qui dispose que : « les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte continueront à être réglées en confor-

« mité des articles 95 et 97 de la loi municipale du  
« 5 avril 1884 » ; en l'espèce, la disposition de l'article 1<sup>er</sup>  
« de l'arrêté rentre *par son objet* dans les attributions déter-  
« minées par l'article 97 précité et... la règle posée dans le  
« susdit article 27 doit donc recevoir son application ». Enfin, la Cour admet « que le fait ayant consisté, de la part  
« de trois prêtres et d'un chantre, à sortir de la cathédrale  
« sur la voie publique, en corps, et revêtus de leurs orne-  
« ments sacerdotaux,... présente dans les circonstances rete-  
« nues, et au sens de l'arrêté invoqué, le caractère d'une  
« manifestation religieuse à l'occasion d'un enterrement ;  
« il s'ensuit que, en l'état de ces constatations de fait, le  
« jugement attaqué, en procédant par voie de relaxe, a faus-  
« sement interprété et violé les textes visés au moyen » (1).

Les termes de ces arrêts sont suffisamment nets pour nous renseigner exactement sur les positions de la jurisprudence judiciaire. La méconnaissance, par la Cour suprême, des règles de la moralité administrative est flagrante. Si, au point de vue de l'interprétation la plus stricte des textes régissant la matière, l'argumentation du juge ne paraît guère critiquable, il faut cependant s'étonner qu'en présence d'un arrêté municipal interdisant des cérémonies *traditionnelles* du culte catholique, la Cour suprême n'ait pas saisi l'occasion éminemment favorable qui se présentait à elle pour assouplir des formules dont l'application rigoureuse peut constituer, dans certains cas, un véritable défi au bon sens. Les solutions intervenues dans les arrêts que nous venons de citer sont d'autant plus regrettables qu'une interprétation plus large des dispositions légales elles-mêmes qui garantissent le libre exercice du culte aurait très bien pu amener la Cour de cassation à un résultat plus conforme aux exigences de la situation, résultat auquel nous avons vu aboutir le Conseil d'Etat dans son arrêt rendu dans la même affaire (V. ci-dessus p. 298 l'arrêt *Olivier* du 19 février 1909).

(1) V. dans le même sens Cass.-crim. 23 novembre 1906 *abbé Corcuff* S. 07.1.479.

En ce qui concerne spécialement les sonneries de cloches, nous relevons un arrêt du 19 décembre 1908 *Ragot S. 09.1.57*, 3<sup>e</sup> espèce, intervenu dans un cas de poursuite pour contravention à un arrêté ayant interdit les « sonneries civiles des angelus du matin et du soir, etc. ». « Attendu, dit la Cour, que si l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 décembre 1905, invoqué par le demandeur, porte: « La République assure la liberté de conscience, elle garantit le libre exercice des cultes », il ajoute ces mots: « sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public »; — attendu qu'aux termes de l'article 27 de la même loi, « les sonneries de cloches sont réglementées par arrêté municipal, et, en cas de désaccord entre le maire et le président ou directeur de l'association cultuelle, par arrêté préfectoral »; — attendu qu'il résulte de ce texte de loi que la réglementation des sonneries de cloches rentre exclusivement dans les attributions de l'autorité civile, représentée, soit par le maire, soit par son supérieur, le préfet; que, si un recours a été prévu par la loi et réglementé par l'article 50 du décret du 16 mars 1906, il est constaté par le jugement attaqué qu'il n'existe pas d'association cultuelle dans la commune de Darney; — attendu qu'en déclarant légal, dans ces circonstances, l'arrêté pris par le maire de Darney, dans la disposition qui porte: « les sonneries civiles des angelus du matin et du soir sont et demeurent supprimées », le jugement attaqué n'a nullement violé les textes visés au « moyen... etc. ».

Une solution analogue a été donnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 janvier 1910 *abbé Pire S. 10.1.472*, où il s'agissait d'apprécier la régularité de l'arrêté d'un maire qui avait interdit les sonneries après 5 heures du soir pendant la période allant du 1<sup>er</sup> octobre au 31 mars. La Cour estime que cette prescription « n'exécède pas le pouvoir conféré au maire, dans l'intérêt de l'ordre public, par l'article 77 de la loi du 9 décembre 1905, et ne porte pas atteinte au libre exercice des cultes » que, dès lors, le



pourvoi n'était pas fondé, *alors même qu'il existait dans la commune un usage immémorial de sonner les cloches après 5 heures du soir*. L'existence de cette *tradition locale* n'a pu déterminer la Cour à casser le jugement attaqué qui avait condamné le prévenu, le maire, de l'avis de l'autorité judiciaire, n'étant « pas astreint, dans l'exercice de son droit de « réglementation, à se conformer strictement aux usages « locaux » ».

Encore une fois, si toutes ces solutions peuvent, à la rigueur, être considérées comme correctes du point de vue purement *légal*, la question posée dans les espèces rapportées ci-dessus n'était pas celle de savoir si les dispositions formelles de la loi avaient été fidèlement observées et bien interprétées par l'autorité locale, chargée de réglementer les manifestations religieuses, mais bien celle de savoir si, étant données les circonstances dans lesquelles ils étaient intervenus, les arrêtés entrepris ne tendaient pas, sous prétexte de poursuite d'un but en apparence légal, à des fins absolument étrangères aux règles de la bonne administration. La réponse à cette question ne pouvait être douteuse ; le Conseil d'Etat s'est chargé, pour sa part, de mettre les choses au point et de faire triompher le point de vue du bon sens. Mais la Cour suprême, exagérant son souci de ne pas empiéter sur un domaine qu'elle considère comme réservé à l'administration, écarte, de propos délibéré, toutes considérations de ce genre, auxquelles elle attribue, d'ailleurs, le caractère de points de fait, alors que, pour le juge administratif, elles se sont toujours présentées comme des questions de droit de la plus haute importance.

## § 2. — Critique d'ensemble de la jurisprudence judiciaire

- I. Absence de contrôle du détournement de pouvoir. — II Les raisons profondes de l'attitude réservée de la jurisprudence judiciaire. — III. Conclusion.

I. — L'ensemble des solutions judiciaires que nous avons passées en revue ne nous permet malheureusement pas de

croire que l'autorité judiciaire ait fait des progrès quelconques pour se rapprocher de la vérité juridique. Interprétant l'article 471, n° 15 du Code pénal d'une façon très étroite, les tribunaux judiciaires se tiennent encore toujours à une conception périmée de leur rôle en ce qui concerne l'appréciation contentieuse des actes administratifs. Si l'on fait abstraction de quelques décisions nettement exceptionnelles, qui peuvent s'expliquer par des raisons particulières, l'affirmation de Laferrière, qui déclare « que « la Cour de cassation n'a jamais voulu retenir le moyen « d'annulation tiré du détournement de pouvoir, parce que « la recherche de ce moyen lui a paru l'entraîner trop loin « dans le domaine de l'administration active (1) », n'a rien perdu de sa valeur.

Cependant, certains auteurs, se fiant trop aux apparences, se sont obstinés et s'obstinent encore à soutenir le contraire.

L'affirmation de Laferrière, reproduite ci-dessus, a été critiquée notamment par M. Michoud, qui, tout en concédant que la Cour de cassation observe une certaine prudence, déclare, en s'appuyant, il est vrai, sur les décisions de la Cour suprême intervenues en matière de permissions de voirie, que l'autorité judiciaire ne se refuse pas à faire application de la théorie du *détournement de pouvoir* lorsque ce vice lui apparaît avec évidence (2). M. Jèze (3) dit, d'autre part : « La Cour de cassation, appelée parfois « à apprécier la légalité d'actes administratifs, a pendant

(1) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 559. — En mentionnant l'arrêt du 5 janvier 1924 *Rimbert et Randon* (D. hebdomadaire, 1924, p. 86) dans lequel la Cour de cassation a donné une solution contraire à celle adoptée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Compagnie industrielle du gaz et de l'électricité* (cité ci-dessus p. 293, n. 1) et a reconnu ainsi la régularité d'un arrêté de police pris pour assurer l'exécution d'un contrat, M. ALIBERT (*op. cit.*, p. 254) déclare expressément que la Cour de cassation n'applique pas la théorie du détournement de pouvoir. Comp. Victor AUBRY, *Etude sur la jurisprudence du Cons. d'Et. en mat. de détournement de pouvoir*, p. 90 et s.

(2) L. MICHOD, *op. cit.*, Ann. Gren., 1914, p. 50.

(3) G. JÈZE, *Motifs déterminants*, Rev. dr. p. 1922, p. 442.

« très longtemps refusé d'examiner les griefs de ce genre « dirigés contre les actes administratifs. Aujourd'hui, elle « n'oppose plus le même refus systématique ». Mais l'auteur est déjà moins affirmatif ; il reconnaît, en effet, qu'on sent, dans les cas où l'autorité judiciaire consent à contrôler le détournement de pouvoir, que celle-ci « n'est pas à son aise ». « Elle se borne, dit-il, à appliquer la jurisprudence du Conseil d'Etat, quelquefois assez maladroitement. Aussi, la Cour de cassation est-elle plus portée « que le Conseil d'Etat à admettre la légalité des actes administratifs, par cela même qu'elle n'ose pas rechercher « sérieusement les *motifs déterminants* des actes des agents « publics » (V. enc. Marc Réglade, *L'exception d'illégalité en France*, Rev. dr. p., 1923, p. 415 ; Appleton, *op. cit.*, n° 345) (1).

En ce qui nous concerne, nous persistons à affirmer qu'en dépit de quelques apparences bien faibles, il n'est jamais entré dans les intentions de la Cour suprême de reconnaître aux tribunaux le droit de connaître de l'irrégularité d'un acte administratif, lorsque cette dernière ne peut être ramenée à une *illégalité* proprement dite.

II. — On n'a pas, à notre avis, toujours suffisamment relevé que sur ce point la jurisprudence judiciaire a fait fausse route. M. Hauriou, notamment, admettait en 1909 que « la compétence du juge de simple police pour l'appréciation de la validité de l'acte administratif étant exceptionnelle, dès qu'on ne se trouve plus dans l'exception « circonscrite à l'appréciation de la légalité, on retombe « dans la règle qui est la compétence du Conseil d'Etat » (2). Encore dans la dernière édition de son *Précis de droit administratif*, M. Hauriou constate simplement (p. 540, en note) que « si le juge de simple police est compétent pour apprécier le règlement *légalement fait*, et, par suite, s'il est « compétent pour apprécier l'incompétence de l'autorité

(1) Comp. R. SAINT-DIZIER, *Criées municipales*, p. 58.

(2) Note au S. 09.3.1.

« qui a pris l'arrêt, l'inobservation des formes ou même  
 « la violation de la loi, il n'en va pas de même lorsque le  
 « règlement est argué de *détournement de pouvoir* » (1).

a) Tout d'abord, on ne peut que critiquer la tendance, malheureusement encore trop répandue à l'heure actuelle, qui consiste à voir dans la règle portée par l'article 471, n° 15 du Code pénal une exception formelle au principe de la *séparation des autorités judiciaire et administrative* (V. not. en ce sens, L. Duguit, *op. cit.*, t. III, p. 50). Il est permis d'affirmer, au contraire, que cette règle n'est qu'une des applications de la règle générale qui attribue au juge de l'action compétence pour statuer sur l'exception. Il n'est donc que conforme à la nature des choses que le juge judiciaire, saisi d'un procès dans lequel la question de la légalité d'un acte administratif est soulevée, statue *lui-même* sur cet incident de procédure (2).

En 1813, la Cour de cassation avait très justement reconnu que « tout juge compétent pour statuer sur un procès dont  
 « il est saisi, l'est par là-même pour statuer sur les ques-  
 « tions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique,  
 « d'ailleurs, ces questions fussent hors de sa compétence  
 « si elles lui étaient posées principalement ». Il était admis, à l'époque, qu'une disposition formelle de la loi était nécessaire pour écarter l'application de ce principe (3).

Cela ne veut pas dire que des raisons supérieures de bonne administration du droit ne puissent pas imposer des dérogations importantes à la règle. Mais, dans le domaine particulier qui nous intéresse, l'application du principe dans toutes ses conséquences ne devrait pas faire difficulté. En

(1) En ce sens VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel*, 7<sup>e</sup> éd., 1928, p. 1053. Cf. MARC RÉGLADE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.* 1923, p. 415 et la référence; comp. SAINT-DIZIER, *op. cit.*, p. 58 et 59.

(2) Sur l'exception d'illégalité cons., outre les auteurs déjà cités ailleurs, FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2<sup>e</sup> éd. 1867, Paris, t. VI, p. 181 et s.; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'Instruction criminelle et de procédure pénale*, 1909, t. II, p. 299 et s.

(3) DALLOZ, Rép. v° *Question préjudicielle* n° 7 (note de la Cour de cassation des 3-12 novembre 1813).

effet, le résultat de la déclaration d'illégalité intervenue au cours d'une instance civile (1) ou pénale n'est pas l'annulation de l'acte incriminé, mais tout simplement son inapplicabilité aux faits de la cause. M. Hauriou, dans sa note sous l'arrêt *Septfonds*, rendu par le Tribunal des conflits le 16 janvier 1923 (S. 23.3.49) fait justement remarquer qu'en pareil cas l'administration ne serait pas désarmée et qu'elle pourrait, en cas d'urgence, procéder à l'exécution de la mesure déclarée illégale *manu militari*, bien entendu sous le risque de sa responsabilité pécuniaire en cas d'usage abusif de cette faculté. Aussi, le principe, trop souvent invoqué à tort, de la séparation des autorités judiciaire et administrative, ne serait-il violé que si, par impossible, les tribunaux judiciaires s'arrogeaient le droit d'*annuler* les actes administratifs.

Quoi qu'il en soit, et pour revenir au cas qui nous occupe spécialement, c'est, en premier lieu, la crainte de troubler l'activité libre de l'administration, de porter atteinte à un principe fermement établi, qui a amené le juge judiciaire à limiter le champ d'application de l'exception d'illégalité, non seulement en ce qui concerne les *catégories* d'actes administratifs susceptibles d'être soumises à son appréciation contentieuse (2), mais encore en ce qui concerne le *caractère*

(1) Dans les affaires civiles et commerciales, le juge ne contrôle la légalité des mesures administratives que lorsque celles-ci « ne consistent pas des actes administratifs *spéciaux* et *individuels* ». En effet, la Cour suprême estime que « l'interprétation de ces actes « échappe à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire » et qu'en matière civile, ils n'ont compétence que pour contrôler la légalité « des dispositions *générales*, rendues en vertu du pouvoir réglementaire de l'administration et qui participent ainsi du caractère de « la loi » (Cf. Cass.-civ. 24 octobre 1917 *Guillon c. préfet de la Seine* S. 18/19. I. 193). Ainsi, dans l'opinion du juge judiciaire, la théorie de l'*exception d'illégalité* serait fondée essentiellement sur les pouvoirs appartenant aux tribunaux d'appliquer la *légalité*. Les pouvoirs plus larges reconnus au juge pénal constitueraient une véritable exception aux principes établis et ne devraient être attribués qu'au fait que ce juge possède la *plénitude de juridiction*. Cf. sur ces questions l'étude déjà citée de M. Marc RÉGLADE.

(2) V. la note (1) ci-dessus.

*juridique spécial* des moyens d'exception admis par lui. « La tradition, depuis la Révolution de 1789, est dans le « sens d'une grande réserve des tribunaux judiciaires vis-à-vis de l'administration » (Jèze, *Motifs déterminants*, *loc. cit.*) (1). Voilà une des raisons pour lesquelles le juge ordinaire a cru devoir écarter, en principe, le moyen du détournement de pouvoir. C'est ainsi que, dans un jugement en date du 8 septembre 1908 (cité dans la note de M. Hauriou au S. 09.3.1), le tribunal de simple police de Tonnerre spécifie nettement « que les tribunaux, compétents « pour statuer sur la légalité desdits arrêtés, ont unique-« ment à apprécier si l'*objet* de l'arrêté rentrait bien dans les « pouvoirs de l'autorité qui l'a pris, mais que, si l'arrêté « est vicié par suite de *détournement de pouvoir*, c'est alors « le Conseil d'Etat *seul* qui peut en connaître ». Telle est bien, en effet, la doctrine de la Cour de cassation.

Ce qu'on doit répondre à une pareille argumentation, c'est qu'en principe les tribunaux appelés à statuer sur les exceptions soulevées à l'occasion d'affaires dont ils sont compétemment saisis, ont non seulement le droit mais encore le devoir d'examiner le règlement administratif *sous tous ses aspects* et que, surtout, il ne peut dépendre du juge *pénal*, auquel on reconnaît volontiers la *plénitude de juri-*

(1) Cf. les conclusions de M. GAUWAIN dans l'affaire *Ponthas* du 7 décembre 1888. « La Cour de cassation, dit d'autre part M. CHARDENET, « commissaire du gouvernement, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Olivier* du 19 février 1909, est plus portée que vous (le Conseil d'Etat) « à admettre la légalité des arrêtés municipaux... La Cour de cassa-« lion qui n'a point le pouvoir d'annuler les règlements municipaux, « qui n'a qu'à les examiner au point de vue de la sanction pénale, « recherche uniquement si le maire a statué dans une matière qu'il « avait compétence pour régler, et si le règlement pris en lui-même, « indépendamment des circonstances de la cause, contient des disposi-« tions que le maire avait, d'une manière générale, le pouvoir d'édicter. « Ce sentiment de très grande réserve que nous remarquons dans les « décisions de la Cour de cassation, lui est-il inspiré par le souvenir de « l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, qui interdit aux juges « de « troubler les opérations des corps administratifs », lui est-il inspiré « par la crainte de commettre le plus petit empiètement sur les attribu-« tions de l'administration? » M. CHARDENET ne répond pas à sa question.

*diction* (1), de restreindre sa compétence légale. Du seul point de vue de la séparation des pouvoirs, on ne voit pas bien pourquoi le juge de simple police, compétent lorsqu'il s'agit d'apprécier la *légalité* ne le serait pas *au même titre* pour apprécier le *détournement de pouvoir*, au moins dans tous les cas où cet examen n'est pas de nature à l'entraîner dans des appréciations de fait trop délicates que, pour des raisons d'ordre purement pratique, on pourrait, à la rigueur, considérer comme susceptibles d'être réservées à la seule compétence du juge administratif (cf. note précitée de M. Hauriou sous arrêt *Septfonds*). Sous ce rapport, on pourrait avoir encore de justes motifs de contester la régularité des procédés employés systématiquement par quantité de juges de paix trop timorés et consistant à surseoir à statuer et à inviter le prévenu à porter devant le Conseil d'Etat la question de l'appréciation de la régularité de décisions administratives incriminées dans les affaires pendantes devant eux, alors même que le détournement de pouvoir est facile à déterminer et que, notamment, l'appréciation du but de l'acte ne suppose nullement un examen de pièces dont la communication devrait être préalablement demandée à l'autorité administrative (2).

(1) Cf. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I., p. 483 : « La compétence judiciaire dérive alors non de la nature de l'acte, mais des droits qui sont inhérents à l'exercice de la justice pénale, et en vertu desquels les tribunaux de répression ont, en principe, *plénitude de juridiction* sur toutes les demandes et exceptions tendant à l'application ou à la non-application des peines ». « Par cela seul, dit l'auteur (*op. cit.*, t. I., p. 635), que l'autorité judiciaire est requise de prêter main-forte à l'administration et de punir ceux qui enfreignent ses prescriptions, elle a le droit d'apprécier toutes les exceptions et moyens de défense opposés à la poursuite par le prévenu, et notamment le moyen tiré de ce que l'acte serait illégal et non obligatoire... ».

(2) Le texte de l'article 471 n° 15 du Code pénal ne fixe pas, *par lui-même*, la compétence propre du juge répressif pour l'appréciation de la légalité. Il impose seulement au juge l'obligation de *ne prononcer la peine* que si le règlement est légal.

Mais si déjà l'on admet cette compétence — ce qui est tout à fait normal et conforme à la tradition — il faut rester dans la logique des choses et ne pas considérer qu'elle puisse être facultative.

Le juge judiciaire n'a pas seulement le *droit*, mais il a encore le

b) Mais il est une dernière raison pour laquelle le juge judiciaire refuse l'examen du détournement de pouvoir. Il apparaît, en effet, qu'en raison du caractère *concret et particulier* des questions soulevées par le problème de la moralité administrative, la jurisprudence judiciaire, ainsi qu'il a déjà été indiqué ci-dessus (p. 365), a tendance à con-

*devoir* de statuer sur l'*exception d'illégalité*. Sa compétence n'est donc pas facultative, mais *obligatoire*.

Nous ne pouvons nous rallier purement et simplement au point de vue d'après lequel le juge répressif « a le droit d'apprécier la légalité « du règlement qu'on lui demande de sanctionner et de refuser de « l'appliquer, à moins, cependant, qu'il ne préfère renvoyer spontanément à la juridiction administrative par question préjudicielle, la « question d'appréciation de la légalité » (M. HAURIOU, *op. cit.*, 11 éd., p. 464; v. cep. la note de l'auteur au S. 24.3.41 *in fine*).

« On n'a jamais admis, dit M. Marc RÉGLADE (*op. cit.*, *Rev. dr. p.*, « 1923, p. 421), que la compétence d'un tribunal soit facultative; lorsqu'un texte de loi donne compétence à une juridiction, il est impératif et le juge ne peut se déclarer incompétent sans déni de justice ». « Le texte de l'article 471, n° 15 du Code pénal, poursuit l'auteur, n'est « peut-être pas rédigé en termes formels, ... mais une jurisprudence « constante de plus d'un siècle a précisé ce texte d'une façon qui ne « laisse plus de doute sur cette compétence, et, dès lors, si cette compétence existe on ne peut concevoir qu'elle soit facultative: un tribunal est compétent ou ne l'est pas, on ne peut admettre qu'il l'est à « son gré ».

La Cour de cassation a insisté à plusieurs reprises sur les *devoirs* du juge de police (Cf. Cass.-crim. 29 juillet 1893 *Carrière et autres* S. 93.1.491; 5 mai 1905 *Méresse* S. 08.1.203; 6 juillet 1911 *demoiselle Maraval* S. 14.1.422). Dans un arrêt du 21 février 1919 *Rebeyrat* S. 21. 1. 191, notamment, elle déclare que « le juge de police, saisi d'une contravention « à un arrêté municipal, a le droit et le *devoir* de rechercher si les dispositions de cet arrêté rentraient dans les attributions de l'autorité qui les « a édictées et concernaient des intérêts placés sous la surveillance de cette « autorité » (Cf. enc. François PASCAL, *Le tribunal de simple police — son ancienne et sa nouvelle compétence* 1927, p. 25; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1913, t. I, p. 297; J.-A. ROUX, *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, 1920, p. 36).

D'autre part, dans un arrêt du 28 janvier 1922, *abbé Marjot* (S. 22.1.334), la Cour de cassation (ch. crim.) a décidé que le juge de police est fondé à rejeter la *demande* d'un prévenu tendant à faire apprécier la légalité de l'arrêté, base de la poursuite, par le Conseil d'Etat, et à renvoyer, en attendant la décision du juge de l'excès de pouvoir, la cause et les parties à une audience ultérieure pour les débats au fond, le rejet de la demande de sursis n'étant que « l'application d'une *règle de droit inéluctable* », parce qu'il est de principe



sidérer les cas de détournement de pouvoir non seulement comme des cas spéciaux n'intéressant pas la légalité proprement dite — ce qui est parfaitement exact — mais comme des *questions de pur fait qui*, au fond, doivent demeurer étrangères au droit, ce qui est une erreur manifeste ; en tant que questions d'ordre purement technique,

« que le recours formé devant le Conseil d'Etat n'est pas suspensif » (V. enc. arrêt *Pariset* de 1874, cité p. 205 ; 6 nov. 1926 de *Lavalette-Montbrun*, *Doc. cath.*, t. 21, col. 688, n. 1 ; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, p. 1054).

Mais on a tendance à admettre que le juge répressif peut toujours renvoyer *spontanément* le prévenu devant le Conseil d'Etat pour faire trancher la question de légalité de la mesure administrative, base de la poursuite.

Nous estimons que le juge de police ne doit jamais se récuser et qu'il ne saurait faire d'un incident du procès dont il lui appartient de connaître une question préjudicielle.

Et cependant, il s'est trouvé et il se trouve encore des juges de paix qui se refusent à régler *par eux-mêmes* l'incident de l'exception d'illégalité et qui sursoient à statuer, jusqu'à décision du Conseil d'Etat. Le juge administratif est, d'ailleurs, toujours disposé à statuer sur ces renvois et il ne fait rien pour les empêcher ; alors qu'autrefois, il évitait d'intervenir dans des questions qu'il considérait à juste titre comme rentrant accessoirement dans la compétence du juge répressif (Cf. Cons. d'Et., 14 mars 1884 *Michel Morphy* avec les concl. de M. Le VASSEUR de PRÉCOURT), il y trouve aujourd'hui l'occasion d'affirmer sa « compétence naturelle » pour tout ce qui touche au fonctionnement de l'administration (Cf. Cons. d'Et. 9 décembre 1921 *commune de Parisot* ; 19 mars 1909 *abbé Dequille* ; note précitée de M. HAURIU sous arrêt *Septfonds*). Il se garde donc bien d'opposer une fin de non-recevoir aux pratiques critiquables du juge répressif qui, parfois, se refuse même à statuer sur des questions de légalité *proprement dite*, sans se rendre compte qu'il méconnaît ainsi d'une façon *flagrante* ses attributions normales (V. Cons. d'Et. 29 octobre 1914 *Desruelle et Coisne* D. 20.3.8 ; comp. égal. Cons. d'Et. 9 février 1923 *sieur de Lavalette Mombrun* ; 7 mai 1926 *Sourisse* S. 26.3.41 ; 6 juin 1928 *Baudin* D. Hebd.28.452 ; Marc RÉGLADE, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1923, p. 414).

Nous ne connaissons pas de décision de la Cour suprême censurant d'une façon expresse les pratiques du juge répressif qui consistent à surseoir à statuer et à renvoyer *spontanément* la question de l'appréciation de la légalité des règlements de police au Conseil d'Etat.

Si du point de vue auquel se place l'autorité judiciaire, le renvoi est encore compréhensible, sinon défendable, lorsqu'il s'agit de *détournement de pouvoir*, puisque la Cour de cassation considère que ce moyen soulève des questions de fait de la compétence du juge administratif, on ne peut en trouver une explication plausible dans les cas où la question qui se pose est, en réalité, une question de *légalité*.

elles seraient tout naturellement réservées à l'appréciation du juge administratif; car, si les tribunaux judiciaires sont, bien entendu, juges du fait en matière privée, ils ne sauraient, de l'avis de la Cour suprême, l'être en matière d'appréciation de décisions de la puissance publique.

Ainsi, nous voyons qu'une des raisons profondes pour lesquelles l'autorité judiciaire a refusé de tenir compte du *détournement de pouvoir* doit être cherchée dans la circonstance que le juge judiciaire, confondant, nous tenons à le rappeler ici, trop souvent le *droit* avec la *loi* ainsi que la conception du droit avec la règle abstraite permanente et générale (1), a relégué, dans le domaine du fait pur et

Mais, même lorsqu'un *détournement de pouvoir* est invoqué, on ne voit pas, en dernière analyse, comment justifier le renvoi et le sursis à statuer, puisqu'il est entendu en jurisprudence que la seule chose dont le juge répressif ait à s'occuper c'est de s'assurer, avant l'application de la peine, si la mesure administrative, base de la poursuite, est *légale* ou *illégal*; si elle est légale, la peine devra être appliquée au contrevenant sans que la sentence puisse être arrêtée par une question préjudicielle qui se poserait uniquement sur le terrain du fait administratif du *détournement de pouvoir* sortant du cadre de l'exception d'*illégalité*. Le prévenu lui-même n'aura d'autre ressource que de s'adresser, d'une façon principale, au Conseil d'Etat par un recours pour excès de pouvoir qui ne suspendrait pas l'instance pendant devant le juge de police.

Si, par contre, on estime que le *détournement de pouvoir* peut être retenu à l'occasion du procès, la compétence du juge répressif devra être considérée comme obligatoire au même titre que la compétence exercée pour l'examen de la légalité proprement dite.

(1) C'était là, en effet, il n'y a pas longtemps encore, la tendance à peu près générale de la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous savons qu'en ce qui concerne la question de l'étendue de son droit de contrôle sur les décisions des tribunaux qui lui sont subordonnés, la Cour suprême a éprouvé beaucoup de difficultés à établir une distinction acceptable entre le *droit* et le *fait*. C'est ainsi, notamment, que l'interprétation des contrats, qui soulève cependant des questions de droit de la plus haute importance, a longtemps été considéré par la Cour de cassation comme une question de pur fait, rentrant dans l'appréciation souveraine des juges du fait. Aujourd'hui, encore, c'est « le « fétichisme de la légalité qui retient la Cour de cassation d'aller jus-  
« qu'au bout de sa mission » (G. RENARD). V. pour ces questions, que nous n'avons pas à traiter ici, G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 341 et s.; *La Valeur de la Loi*, not. p. 36 et s. et p. 65 et s.; en ce qui concerne le rôle de la Cour de cassation. cf. FR. GENY, *Méthode d'interprétation*, t. II, p. 195 et s.; E. CHALVON-DEMERSAY, *op. cit.*, p. 4 et s.

simple, les règles de la moralité administrative dont le caractère essentiellement juridique bien qu'extralégal ne saurait cependant être mis en doute.

Il convient donc de bien retenir que l'erreur fondamentale de l'autorité judiciaire ne doit pas seulement être trouvée dans le fait que le juge ordinaire s'est refusé à voir dans les cas de détournement de pouvoir des questions de légalité, mais dans la tendance, encore trop souvent affirmée, qui consiste à ne voir dans les problèmes posés par ce que nous appelons la *moralité administrative* que des questions d'appréciation de l'*opportunité* des décisions administratives. L'autorité judiciaire n'a pas compris que l'examen contentieux des motifs d'un acte administratif, lorsqu'il a lieu en vue de la recherche du but de l'intervention administrative, comporte essentiellement des appréciations *juridiques* proprement dites, puisqu'il tend à la sanction des règles découlant de l'idée fondamentale de l'institution administrative.

c) Aux raisons que nous venons de formuler, on pourrait encore ajouter, pour expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation, le fait, déjà indiqué dans notre partie générale, qu'en réalité le juge ordinaire ne s'est jamais bien rendu compte de toute l'importance du rôle que peut jouer l'élément *but* dans un acte juridique. La doctrine de l'*autonomie de la volonté* dont les outrances, à l'heure actuelle, n'ont pas encore entièrement disparu du monde juridique, a déterminé le juge à faire, en droit privé, abstraction des fins spéciales devant équitablement être réalisées par certains actes juridiques privés (1). Ces habitudes du juge civil ont encore été suivies lorsqu'il s'agissait d'apprécier la régularité d'un acte juridique public. L'attitude du juge ordinaire, dit M. Jèze (*Mot. dét., Rev. dr. p.*, 1922, p. 443), trouve son explication dans « le fait que, en droit privé, qui est le droit qu'appliquent journellement des juges judiciaires et auquel ils sont habitués, la théorie des motifs

(1) Cf. en ce qui concerne l'interprétation des contrats par le juge civil Millé G. BICHOFFE, *op. cit.*, p. 199 et s.

« déterminants ne joue qu'un rôle effacé, tandis qu'elle est  
« tout à fait au premier plan en droit public ».

III. — Ainsi, ce sont tout à la fois le respect exagéré du principe de la *séparation des autorités judiciaire et administrative*, la méconnaissance du caractère juridique du *détournement de pouvoir*, le rôle effacé de l'élément *but* en droit privé, qui ont amené la Cour suprême à repousser, comme elle l'a fait, le principe du contrôle de la moralité administrative par le juge ordinaire. Les décisions isolées que nous avons déjà relevées et dans lesquelles il serait possible de voir un assouplissement de cette jurisprudence rigide n'infirmement en rien les observations qui précèdent. En effet, nous avons pu constater que ces décisions étaient intervenues dans des affaires où il apparaissait, d'une façon *flagrante*, qu'un acte administratif qui aurait régulièrement dû être motivé par un intérêt de police n'avait été accompli qu'en vue de la poursuite d'une fin absolument intéressée ou que, dès l'abord, sans violer les termes mêmes de la loi, il marquait une méconnaissance *directe* des principes généraux de notre droit.

Pour la clarté du débat, nous citons encore deux arrêts de ce genre, l'arrêt *Soc. Michelin et autres* du 26 janvier 1924, D. hebd. 24. 165, et l'arrêt *Sargès* du 11 juillet 1928 D. hebd. 28. 480.

« Attendu, dit la Cour, dans le premier de ces deux  
« arrêts, que... le préfet... a pris un arrêté interdisant d'ef-  
« fectuer, sans autorisation, sur les routes et chemins du  
« département, avec des châssis automobiles non complè-  
« tement équipés, des passages répétés sur un même itinè-  
« raire, en vue de la vérification des divers organes de ces  
« véhicules à l'essai... — Attendu qu'il résulte des consta-  
« tations du jugement que les demandeurs ont effectué ou  
« fait effectuer, sans l'autorisation préfectorale, des passages  
« répétés, suivant un même itinéraire et sur une route  
« nationale, avec des châssis automobiles, en vue de la véri-  
« fication des organes de ces véhicules à l'essai ; qu'ils ont

« été poursuivis, pour infraction audit arrêté, en vertu de  
 « l'art. 471, n° 15 C. pén. ; que Fournet, Béraud, etc.,  
 « ont été condamnés à des amendes et que la société Miche-  
 « lin a été déclarée civilement responsable ; — mais attendu  
 « que les dispositions... de l'article 3 de l'arrêté (subordon-  
 « nant, notamment, l'autorisation éventuelle d'effectuer les  
 « essais mentionnés ci-dessus à « l'engagement préalable et  
 « formel de participer à la réparation ou à la consolidation  
 « des voies publiques, dans la mesure et aux conditions  
 « qui seront, dans chaque cas particulier, fixées par l'arrêté  
 « d'autorisation ») établissent qu'il a été pris *en vue des*  
 « *intérêts financiers de l'Etat et du département* ; que, dans  
 « ces conditions, l'arrêté du préfet... reste dépourvu de  
 « sanction pénale ; par ces motifs... casse, etc. »

Dans l'arrêt de 1928, la Cour suprême s'exprime de la façon suivante : « Il résulte des constatations du jugement  
 « attaqué que les époux S., propriétaires... d'une maison  
 « détruite par faits de guerre, ont obtenu du maire... l'au-  
 « torisation provisoire de construire un baraquement sur  
 « l'emplacement qu'occupait leur immeuble ; que, posté-  
 « rieurement, l'Etat a poursuivi le rachat du sol dudit  
 « immeuble, compris dans le plan d'alignement, en vue de  
 « le rétrocéder à la ville... mais que les époux S. n'ont pas  
 « accepté l'indemnité qui leur était offerte ; qu'à l'effet  
 « d'obtenir la démolition du baraquement... le maire... a,  
 « tout d'abord, cité les époux S. devant le juge des référés ;  
 « mais que celui-ci... s'est déclaré incompétent pour le  
 « motif que c'était la procédure d'expropriation qui devait  
 « être suivie ; qu'alors le maire a pris... un arrêté aux  
 « termes duquel il retirait l'autorisation par lui donnée...  
 « et prescrivait l'enlèvement... du baraquement... faisant  
 « saillie sur la voie publique. Traduits devant le tribunal de  
 « simple police pour ne pas s'être conformés à l'arrêté... les  
 « époux S. ont été relaxés pour le motif qu'en prenant ce  
 « règlement, *dans le but non contesté d'éviter les frais et*  
 « *les charges de la procédure instituée par les lois des*  
 « 27 juillet 1921, 20 avril 1922 et 3 mai 1841, le maire...

« a agi non dans un *intérêt public* et de police, mais dans  
 « *l'intérêt privé* de la commune. En décidant, en cet état,  
 « que l'arrêté de révocation... était dépourvu de sanction  
 « pénale, le juge de police, loin de violer l'article 471,  
 « n° 15 du Code pénal, en a fait au contraire une exacte  
 « interprétation (1). »

A la simple lecture de ces décisions, on pourrait être tenté de les rattacher au contrôle juridictionnel du *détournement de pouvoir*.

Il ne faut, cependant, pas se faire illusion sur la portée de pareilles solutions. Dans nos deux affaires le juge exprime simplement l'idée que les peines prévues par l'article 471, n° 15 du Code pénal ne peuvent être appliquées comme sanction d'arrêtés pris dans un *intérêt étranger à la police*, sans insister sur la question de légalité ; car, pour bénéficiaire de cette sanction, il faut que les règlements municipaux se présentent au moins sous l'apparence de mesures de *police*.

Voilà toute la signification de décisions du genre de celles que nous venons de rapporter. Il ne faut donc pas, à notre avis, les considérer comme des cas d'application de la théorie du *détournement de pouvoir* par le juge judiciaire.

Quoi qu'il en soit, nous rappelons qu'il convient d'éviter, pour répondre à la question de savoir si la Cour de cassation tient compte du détournement de pouvoir, de s'attacher à des solutions particulières qui peuvent très bien s'expliquer sans qu'il soit besoin d'avoir spécialement recours à la théorie de la moralité administrative.

Le détournement de pouvoir est une théorie indivisible : une fois admise, elle ne saurait être appliquée dans tels cas et repoussée dans d'autres ; lorsqu'on lui accorde droit de cité, il est impossible de ne pas l'appliquer à tous les cas qui se présentent. En ces matières tout se tient. Voilà pourquoi il nous est permis d'affirmer que la Cour de cassation n'applique pas la théorie du détournement de pouvoir et que si,

(1) Comp. égal. Cass.-crim. 3 avril 1919 *Genty et Clergue* D. 19.1.41 avec la note signée P. M.

*inconsciemment*, elle *semble* en avoir tenu compte dans des cas isolés, elle n'en a pas pénétré l'esprit ni le sens particulier qui s'attache à la moralité administrative. *En réalité*, il n'y a pas de *théorie judiciaire* du détournement de pouvoir.

Nous n'avons pas trouvé d'arrêt qui soit de nature à infirmer ce que nous venons d'avancer.

Reconnaissons que, si cette attitude réservée de l'autorité judiciaire est éminemment regrettable, elle a, du moins, eu pour conséquence heureuse de nous démontrer que, contrairement à ce qu'on persiste à affirmer trop souvent, le contrôle du détournement de pouvoir ne se ramène nullement au contrôle de la *légalité*.

Les auteurs admettent généralement, aujourd'hui, que le contrôle du détournement de pouvoir doit rentrer dans la compétence de l'autorité judiciaire. Il est vrai qu'ils partent de l'idée que ce contrôle est un contrôle de la *légalité* et que, de ce fait, il ne saurait exister aucune raison valable de le soustraire à la compétence du juge de l'*exception d'illégalité*. M. Michoud (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 50) déclare que « si la théorie du détournement de pouvoir est... une « théorie juridique, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne « soit pas appliquée par les tribunaux de tous ordres dans « les limites de leur compétence respective ». M. Jèze (*Rev. dr. p.*, 1910, p. 70) reconnaît, d'autre part, que, « théoriquement, les pouvoirs des tribunaux répressifs judiciaires, pour la détermination de l'excès de pouvoir, sont « les mêmes que ceux du Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir ». M. Marc Réglade, après avoir constaté que certains auteurs refusent au juge ordinaire le droit de connaître du détournement de pouvoir, parce qu'ils estiment qu'un tel contrôle serait contraire au principe de la séparation des autorités, déclare que « du moment qu'on « décide que le contrôle de la *légalité* des actes administratifs par les tribunaux judiciaires n'est pas contraire au « principe de la séparation des autorités, on ne doit pas faire « de différences entre les diverses violations de la *légalité* »,

les arguments qui valent pour les unes valent également pour les autres (*L'except. d'ill. en Fr., Rev. dr. p.*, 1923, p. 415) (1).

Si, comme nous l'avons déjà fait remarquer, ces points de vue ne sauraient être considérés comme étant à l'abri de toute critique, il serait à souhaiter que la Cour de cassation se pénétrât de certaines des idées qui se trouvent à la base des opinions émises par les auteurs que nous venons de citer, pour soumettre sa jurisprudence à une révision indispensable.

L'étude à laquelle nous nous sommes livrés dans les lignes qui précèdent prouve surabondamment qu'il existe un abîme entre les conceptions de la Cour suprême, qui

(1) V. encore APPLETON, *op. cit.*, n° 345. — M. HAURIGOU ne semble pas avoir modifié son point de vue, que nous avons exposé ci-dessus p. 367 et s. Cf. également LAFERRIÈRE (*op. cit.*, t. II, p. 559) qui estime que « les tribunaux judiciaires ne peuvent déclarer non avenu un acte de l'administration que s'ils relèvent contre lui une infraction formelle à la loi ».

V. encore la note anonyme sous l'arrêt Cass.-crim. 1<sup>er</sup> juillet 1909 S. 10.1.153. L'arrêtiste s'élève en termes sévères contre la théorie qui reconnaît aux tribunaux judiciaires compétence pour connaître du détournement de pouvoir. Il soutient que cette théorie « ne tend à rien moins qu'à introduire un bouleversement des plus graves dans l'administration ». « Nous voyons mal le juge de paix, dit-il, juge subalterne et placé trop près des pouvoirs politiques, dans la fonction... de juge du détournement de pouvoir... Sous prétexte de détournement de pouvoir, les actes les plus légitimes et les plus nécessaires de l'administration seraient privés de sanction et paralysés. L'article 471 n° 15 du Code pénal... cesserait d'être une garantie de liberté pour devenir une arme de désordre et d'anarchie ».

Voilà des paroles bien graves qu'il s'agit, cependant, de réduire à la juste mesure. Les craintes exprimées par l'auteur de ces lignes ne sont nullement justifiées. En effet, il n'apparaît pas du tout que « la décision du juge de paix déclarant l'abus de pouvoir, étant fondée sur une appréciation des faits..., échapperait... au contrôle de la Cour suprême ». Celle-ci aurait parfaitement la faculté d'imposer au juge du fait l'obligation de motiver d'une façon très précise sa sentence pour lui permettre d'exercer un contrôle efficace sur tous les éléments du procès.

D'autre part, nous avons déjà dit que l'administration, en présence du mauvais vouloir du juge, n'est jamais désarmée; car, en cas d'urgence, elle serait toujours fondée à faire exécuter sa décision *manu militari*.



méconnaît l'idée et le principe juridique de ce que nous appelons la *moralité administrative*, et les solutions libérales du Conseil d'Etat.

Ce dernier, dans la mise en œuvre de son contrôle contentieux, ne s'est d'ailleurs pas borné à exercer son pouvoir disciplinaire par l'annulation pure et simple des actes administratifs entachés d'excès de pouvoir, il s'est avancé jusqu'à rappeler à l'administration récalcitrante les devoirs découlant de sa mission ; c'est ce que nous allons voir dans le chapitre suivant.

---

## CHAPITRE V

### **Le pouvoir disciplinaire exercé par le juge de l'excès de pouvoir en dehors de l'annulation proprement dite de l'acte administratif entaché d'irrégularité**

---

I. Formule du renvoi à l'administration pour suppléer au défaut d'annulation. — II. Formule du renvoi accompagnant l'annulation de l'acte.

Aux chapitres I à III, nous avons vu comment le Conseil d'Etat a su profiter des ressources que lui procurait la possibilité d'annuler les actes administratifs entachés d'excès de pouvoir pour sanctionner les règles de la moralité administrative.

Pour compléter notre exposé, nous voudrions encore insister, dans quelques remarques très brèves, sur certaines particularités qui caractérisent les efforts faits par le juge administratif en vue de la moralisation de l'activité administrative.

Il faut bien se rendre compte que, souvent, l'annulation d'une décision ne peut, à elle seule, imposer à l'administrateur, d'une manière absolument efficace, le respect des règles découlant de l'idée même de l'institution. Il faut également remarquer que, dans certains cas, l'annulation semble ne pas pouvoir être prononcée. Il en est ainsi, notamment, de certains refus opposés par l'administration à des réclamations légitimes des administrés et touchant particulièrement l'exercice de ses pouvoirs de tutelle par l'autorité tutrice. D'autre part, contre le mauvais vouloir persistant de l'administration, le juge est souvent désarmé.

Nous savons, par ailleurs, que le grand principe que le

Conseil d'Etat s'est constamment efforcé de respecter, en dépit de certaines décisions contraires, consiste en ce que le juge doit scrupuleusement éviter tout ce qui pourrait être interprété comme une entreprise directe sur le domaine propre de l'administration active. Cette attitude réservée du juge de l'excès de pouvoir doit, d'ailleurs, déjà être considérée comme commandée par le principe même de la *séparation des pouvoirs*. Mais même abstraction faite de ce principe, dont il ne faudrait cependant pas exagérer les conséquences en notre matière, puisque le Conseil d'Etat lui-même est incorporé à l'administration, il semble bien qu'administration *active* et administration *contentieuse* sont deux choses qui, sous aucun prétexte, ne doivent être confondues; les progrès du droit administratif sont à ce prix. C'est en partant de cette idée que dans le contentieux de l'annulation, sauf de très rares exceptions (1), le Conseil d'Etat s'est généralement refusé non seulement à substituer sa décision propre à l'acte annulé, mais même à donner un ordre direct à l'administration pour assurer l'exécution de ses décisions.

Il était naturel, d'autre part, que le Conseil d'Etat, gardien suprême de la discipline administrative, cherchât des moyens appropriés pour rendre son contrôle efficace dans les cas où des principes fermement établis lui interdisaient de réprimer *directement* les agissements abusifs de l'administration active.

L'intérêt du problème réside dans le fait que rien ne contraint l'administration à se conformer immédiatement à un arrêt rendu par le juge administratif et qu'elle peut n'en tenir actuellement aucun compte. C'est encore là un des aspects du *pouvoir discrétionnaire* de la puissance publique. En effet, il est dans l'intérêt d'une bonne administration que l'agent administratif soit maître du choix de l'heure de son intervention (2). Des raisons graves d'opportunité peuvent,

(1) V. not. Cons. d'Et. 21 mai 1913 *Société des Docks Rémois*.

(2) Théoriquement, ce choix est limité depuis la loi du 17 juillet 1900 dont l'art. 3 assimile le silence gardé par l'administrateur pendant quatre mois à une décision de refus opposée au requérant.

souvent, s'opposer à l'exécution immédiate d'une sentence rendue par le juge. De même, l'administration peut parfois se prévaloir de ce même pouvoir discrétionnaire pour refuser de satisfaire immédiatement à certaines réclamations légitimes des administrés. Mais il est également évident qu'en définitive l'autorité administrative ne saurait, par ce moyen, se soustraire *indéfiniment* à ses devoirs.

Si, en fait, l'administration est, en général, assez prudente pour ne pas heurter de front les droits subjectifs des particuliers ni les solutions données par une justice impartiale et qu'elle se garde, en principe, de se mettre en contradiction trop flagrante avec les règles de l'équité, des défaillances regrettables peuvent, cependant, se produire et se sont déjà produites (1).

I. — Pour obvier aux inconvénients les plus graves résultant des limites tracées au contrôle de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat applique des palliatifs susceptibles de réduire le mal dans la mesure du possible.

C'est ainsi, tout d'abord, que le juge, se voyant hors d'état d'annuler, marque sa désapprobation de la conduite administrative, en infligeant un blâme formel à l'administrateur, en insistant dans les motifs mêmes de sa décision sur le bien-fondé de la réclamation du requérant et en renvoyant ce dernier devant l'autorité compétente pour qu'il lui soit donné satisfaction. Alors qu'originellement les arrêts rendus sur recours pour excès de pouvoir ne visaient qu'à éliminer de l'administration active un acte vicieux sous le rapport de la légalité ou de la moralité, ils constituent également aujourd'hui « une manière de « peser sur l'administration pour la déterminer à exécuter « *bénévolement* ses obligations... » (M<sup>lle</sup> G. Bichoffe, *op. cit.*, p. 274).

Un arrêt souvent cité dans cet ordre d'idées est l'arrêt *Daraux* du 26 juin 1908 (S. 09.3.129). « Considérant ,dit le

(1) Cf. pour toutes ces questions M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 342 et s.

« Conseil d'Etat, qu'il n'est pas contesté que le sieur  
« Daraux est créancier de la commune de Galan depuis  
« 1874 ; qu'il est porteur d'un titre exécutoire ; que,  
« *malgré ses demandes réitérées*, il n'a pu obtenir le paie-  
« ment des sommes à lui dues ; que le préfet ne lui a donné  
« aucune raison de son refus d'inscrire d'office au budget  
« de la commune le montant de cette dette liquide et exi-  
« gible ; — que, dans ces circonstances, *s'il n'appartient*  
« *pas au Conseil d'Etat d'annuler le refus d'inscription*  
« *d'office* et de prononcer lui-même cette inscription,  
« comme le demande le requérant, *il y a lieu de renvoyer*  
« *ce dernier devant le ministre de l'Intérieur* pour y être  
« statué, par la voie administrative, sur la suite que com-  
« porte sa demande... »

En l'espèce, le Conseil d'Etat ne crut pas devoir annuler le refus d'inscription d'office opposé par le préfet, puisqu'un pareil refus ne pouvait en lui-même être considéré comme illégal, la procédure de l'inscription d'office étant à la discrétion du préfet (1), et qu'en l'absence de tout motif donné par ce dernier il ne pouvait être justifié par le requérant d'aucun détournement de pouvoir. Mais, d'autre part, l'attitude de l'administration qui avait refusé, à plusieurs reprises, de faire droit à la requête de l'intéressé exigeait impérieusement une censure. Dans ces conditions, le juge, relevant l'immoralité apparente de la conduite administrative, insista spécialement sur le droit du créancier et exprima formellement dans les motifs de sa sentence qu'il y avait lieu de renvoyer l'intéressé devant l'autorité compétente pour lui faire obtenir satisfaction.

(1) Cf. M. HAURIUO, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 342 note (1). — Les pouvoirs discrétionnaires du préfet en matière d'inscription d'office d'un crédit au budget de la commune ont été nettement affirmés dans l'arrêt Cons. d'Et. 21 novembre 1923 *sieurs Desreumeaux et Déjardin*. Il a été établi, en l'espèce, qu'il appartient au préfet d'apprécier, selon les circonstances de l'affaire, s'il doit user à l'égard d'une commune du droit qu'il tient de l'article 149 de la loi du 5 avril 1884 et que cette appréciation de fait n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat au contentieux, alors même que le droit du particulier n'est pas contesté.

Dans sa note commentant cet arrêt, M. Hauriou remarque justement « que, dans la procédure du renvoi à l'adminis-  
 « tration, il n'y a pas d'injonction à l'autorité administra-  
 « tive, il n'y a qu'un appel éloquent à la *moralité*  
 « *administrative* ». « Jamais, poursuit l'auteur, il n'avait  
 « été aussi évident que la théorie du recours pour excès de  
 « pouvoir est une théorie de morale juridique plutôt que  
 « de droit ; jamais les ressources qu'une institution forte-  
 « ment disciplinée possède pour bien faire n'avaient été  
 « aussi habilement utilisées » (1).

II. — La question du *renvoi à l'administration* se présente sous un aspect quelque peu différent dans les arrêts dans lesquels le juge de l'excès de pouvoir prononce l'annulation de la décision attaquée. Dans ces espèces le renvoi n'est pas destiné à suppléer au défaut d'annulation ; il ne figure, très souvent, que dans le dispositif de l'arrêt pour renforcer l'annulation et pour la rendre plus efficace. On peut considérer qu'encore ici il y a pression *morale* exercée sur l'administration active. Le juge dépasse les limites strictes du contrôle de l'excès de pouvoir, qui tend essentiellement à éliminer purement et simplement du droit les éléments qui sont en contradiction avec lui, pour inviter indirectement l'administration à se conformer aux devoirs de sa charge et la rappeler au respect absolu de *l'autorité de la chose jugée* ; voilà bien encore un des aspects du pouvoir disciplinaire dont use le juge de l'excès de pouvoir.

C'est en 1906 que la jurisprudence administrative a inauguré le système du *renvoi à l'administration pour faire ce que de droit* (Cons. d'Et. 30 novembre 1906 *Denis et Rage-Roblot* S. 07.3.17, avec la note de M. Hauriou) (2). C'est à partir de cette date que le juge de l'excès de pouvoir a pris l'habitude d'ajouter à la fin de ses arrêts une formule invitant le requérant à s'adresser à l'autorité compétente pour obtenir satisfaction.

(1) Cf. G. RENARD, *le Droit, la Justice et la Volonté*, p. 103.

(2) Cf. égal. Cons. d'Et. 30 nov. 1900 *Viaud* S. 03.3.23.

Si ce procédé relativement simple, qui, comme nous l'avons déjà indiqué ailleurs, dépasse les moyens d'action impliqués dans la conception stricte du contrôle de l'excès de pouvoir, paraît très élégant, il ne tranche évidemment pas la question. Toutefois, dans certains cas, il peut y avoir faute de la part d'un administrateur à ne pas obtempérer à une pareille invitation. En cas de refus opposé par l'administration, l'intéressé pourrait s'adresser, soit à la juridiction administrative lorsqu'il s'agit de faute administrative, soit aux tribunaux judiciaires lorsqu'il s'agit de faute personnelle, pour réclamer une indemnité en raison du préjudice subi.

Quoi qu'il en soit, il nous suffit de constater que, devant s'abstenir d'employer des moyens d'intervention directe dans l'administration *active*, le juge de l'excès de pouvoir a parfaitement compris quelles étaient les ressources que pouvaient lui offrir certaines considérations d'ordre *moral* pour assurer, dans la mesure du possible, le respect de la chose jugée (1) (2).

(1) Dans les affaires *Compagnie du Bourbonnais* des 4 février 1921 et 4 août 1922, déjà citées ci-dessus p. 285 et s., le Conseil d'Etat, après annulation du refus de délivrance de permission de voirie opposé par le ministre, précise nettement, non pas seulement dans le dispositif, mais encore dans les motifs mêmes de la décision, d'une part, « qu'il y a « lieu, en conséquence, de prononcer l'annulation de ladite décision « et de renvoyer la Société devant le ministre pour y être statué à « nouveau sur sa demande par l'autorité compétente, à qui il appar-  
« tiendra d'examiner si, en fait, il y a lieu d'y faire droit », et, d'autre part, après annulation d'une seconde décision de refus, que « la Com-  
« pagnie du Bourbonnais est renvoyée devant le ministre des Travaux  
« publics pour être statué à nouveau sur sa demande par l'autorité  
« compétente à qui il appartiendra d'examiner si, eu égard aux cir-  
« constances de fait, il y a lieu d'y faire droit ». Nous voyons avec quelle insistance le Conseil d'Etat, voulant briser la résistance du ministre et ne pouvant intervenir par ses propres moyens, cherche à tracer à celui-ci son devoir.

Mais là se bornent les pouvoirs du Conseil d'Etat qui ne saurait se substituer à l'administration active pour examiner les faits de la cause et donner lui-même satisfaction pleine et entière aux intéressés.

Dans la matière, un peu particulière, des permissions de voirie, il a refusé, comme nous venons de le voir, à plusieurs reprises, d'accorder lui-même, après annulation des décisions de refus, les permissions de-

mandées. Dans l'arrêt déjà cité du 11 avril 1913 *Compagnie des Tramways de l'Est parisien* (S. 14.3.113), il déclare que « la délivrance des « permissions de voirie ne constituant pas un droit pour les pétitionnaires..., il n'appartient pas au Conseil d'Etat de faire droit à cette demande ». Il ne faudrait, cependant, pas déduire de cette formule que, si l'obtention des permissions avait constitué un droit subjectif pour les particuliers, le Conseil d'Etat aurait pu être amené, après annulation du refus injustifié, à reconnaître par lui-même le bénéfice de la permission au pétitionnaire. De même, dans l'arrêt précité du 4 août 1922 *Compagnie du Bourbonnais*, le Conseil d'Etat, fidèle à sa doctrine, n'a cru pouvoir se substituer à l'administration, alors que celle-ci avait fait preuve d'une résistance absolument vexatoire.

L'état actuel de la question des pouvoirs appartenant au juge de l'excès de pouvoir pourrait, peut-être, être résumé de la façon suivante :

Lorsqu'un administrateur est obligé par la loi de faire droit à une demande émanant d'un particulier et qu'il se trouve en présence d'un droit subjectif nettement déterminé appartenant au requérant, on pense généralement que le Conseil pourrait, dans certains cas, assez rares d'ailleurs, où il n'y a pas lieu à délivrance de pièces, déclarer, après annulation d'un refus injustifié, que, du fait de sa décision, l'intéressé se trouve placé dans la situation de droit dans laquelle il se serait trouvé si l'administration avait régulièrement rempli les devoirs de sa charge. Dans le cas, toutefois, où l'administration jouit d'un pouvoir d'appréciation, si réduit soit-il, le juge administratif ne saurait s'arroger le droit de dispenser, après annulation de la décision injustifiée, le requérant de s'adresser à nouveau à l'administration pour être régulièrement statué sur sa prétention. Dans les cas de ce genre, le juge ne dispose que d'une ressource d'ordre purement moral, c'est-à-dire qu'il ne peut que faire appel à la bonne volonté de l'administrateur.

Pour toutes ces questions, qui dépassent déjà le cadre de notre étude, cf. M. HAURIU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 342 et suiv. ainsi que la note de l'auteur sous l'arrêt *Compagnie des Tramways de l'Est parisien* précité; Mlle M. FAYOLLE, *La Force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques*, thèse Nancy, 1926 (V. not. p. 126 et s.); cf. aussi les affaires relatives au refus d'approbation de sociétés de secours mutuels, affaires dans lesquelles le Conseil d'Etat, après annulation, a expressément déclaré dans le dispositif de sa décision que les statuts de ces Sociétés « doivent être approuvés de « droit comme n'ayant rien de contraire à la loi du 1<sup>er</sup> avril 1898 » (arrêts rapportés au S. 12.3.17 avec la note de M. HAURIU).

Mentionnons encore les arrêts: Cons. d'Et. 30 novembre 1900 *Viaud* (S. 03.3.23) et 19 juin 1903 *Ledochowski* (S. 05.3.154) dans lesquels le Conseil d'Etat insiste tout particulièrement sur les conséquences de droit résultant de ses décisions. Aux termes de l'article 2 du dispositif du premier de ces deux arrêts, « le sieur Viaud est renvoyé devant « le ministre de la Marine pour qu'il soit réinscrit sur la liste d'anciens « neté de capitaine de frégate à la date du 22 avril 1898 et classé immédiatement avant le sieur Roques ». Dans l'affaire *Ledochowski* le



Conseil déclare dans les considérants que « le rétablissement de « mandé est la conséquence de l'annulation qui va être prononcée sans « qu'il puisse faire obstacle à ce que le requérant soit de nouveau mis « régulièrement d'office à la retraite ». Si « c'est une règle du recours « pour excès de pouvoir qu'il n'y est point statué sur les conséquences « de l'annulation » (M. Hauriou, note sous Cons. d'Et. 24 février 1899 *Viaud* S. 99.3.105), il faut reconnaître que dans ces deux arrêts le juge de l'excès de pouvoir s'est nettement expliqué sur l'attitude à observer par l'administration active pour s'y conformer.

(2) Il arrive, parfois, qu'aussitôt après annulation d'une décision particulière prononcée par le Conseil d'Etat pour violation d'un règlement, l'administration réglemente à nouveau la matière afin de pouvoir refaire sur de nouvelles bases la décision antérieurement annulée. On pourrait se demander s'il n'y a pas là détournement de pouvoir et violation de la chose jugée. Le cas s'est produit en 1927 après annulation par le Conseil d'Etat de la nomination de M. Roland Marcel au poste d'administrateur général de la Bibliothèque Nationale, annulation qui avait provoqué de vives critiques de la part du public (Cons. d'Et. 7 mai 1927 *Lelong et Moranvillé*). La décision rendue par le Conseil d'Etat ayant fait apparaître l'insuffisance d'une réglementation équivoque (v. not. Ord. du 13 déc. 1846, art. 19), cause de l'annulation d'une nomination absolument conforme à l'intérêt général, le gouvernement, tenant compte de cet intérêt, rendit un décret modifiant les anciennes dispositions en vue de se réserver une liberté du choix que le juge lui avait contestée par une interprétation étroite des anciens textes. L'administrateur dont la nomination avait été annulée put donc être maintenu en fonctions. Ce faisant, le gouvernement avait agi non pas pour faire l'affaire d'une personne déterminée ni pour contredire le juge, mais en vue de la sauvegarde des intérêts dont il a la charge. Il n'y avait donc ni détournement de pouvoir ni violation de la chose jugée (cf. à ce sujet la note de M. APPLETON au D. 28.3.1 *in fine*).

## CHAPITRE VI

### L'évolution de l'idée de moralité dans le domaine du contentieux de la responsabilité de la puissance publique

---

I. Reconnaissance définitive de la responsabilité de la puissance publique. — Indemnité pour exécution de décisions entachées d'excès de pouvoir. — II. Tendances nouvelles de la jurisprudence. — Caractère de la jurisprudence récente.

I. — Les progrès réalisés par le contentieux objectif, considérés sous le rapport de la pénétration de l'idée morale dans le domaine du contrôle juridictionnel de la décision exécutoire, ont, à partir de 1905, été suivis d'assez près par des solutions de plus en plus libérales données par le Conseil d'Etat dans le contentieux subjectif, dont la séparation de fait d'avec le contentieux de l'annulation n'est, d'ailleurs, plus aussi nettement marqué depuis que le juge consent à examiner dans un seul et même arrêt les deux questions de droit objectif et subjectif soulevées à l'occasion d'une affaire déterminée.

Pour les besoins de notre étude, nous pouvons nous borner à mentionner, dans un aperçu sommaire, quelques-unes des solutions essentielles caractérisant l'évolution et, notamment, le dernier état de la jurisprudence pour autant que ces espèces sont de nature à faire ressortir, dans le plan du contentieux subjectif, l'idée de la *moralité administrative*.

Nous savons déjà que l'année 1905 marque une date importante dans l'histoire de la théorie de la responsabilité administrative. En effet, c'est par les arrêts *Tomasco Greco* et *Auxerre* des 10 et 17 février de cette année que le Conseil d'Etat a définitivement consacré dans toute son ampleur le

principe de la responsabilité de la puissance publique, en admettant formellement l'idée de la responsabilité de l'Etat pour les faits et actes les plus autoritaires de l'administration (1).

Après ces revirements importants de sa jurisprudence, le Conseil d'Etat s'efforce d'assurer un équilibre aussi parfait que possible entre le contrôle objectif et le contentieux ordinaire. L'évolution qui s'est accomplie à cet égard démontre que, ce faisant, le juge administratif a su s'affranchir de préjugés périmés en même temps que de cadres trop rigides pour se mouvoir avec souplesse à l'intérieur de limites suggérées par des considérations du même ordre que celles qui, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'avaient toujours inspiré dans l'organisation du contrôle de l'excès de pouvoir. C'est le contentieux de l'excès de pouvoir qui « a frayé « la voie au contentieux des indemnités, car il a lentement « établi cette conviction que l'administration pouvait être « en faute » (M. Hauriou, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 37).

a) D'abord, la *théorie des fautes* du droit civil est entrée dans le droit administratif après avoir reçu les amendements nécessaires en vue de son adaptation aux besoins de la vie publique (2). Le Conseil d'Etat accorde, dorénavant, des

(1) V. à ce sujet la note de M. HAURIOU au S. 05.3.113 (Cf. encore Cons. d'Et. 24 décembre 1909 *Pluchard*).

Ce changement de jurisprudence avait déjà été préparé antérieurement, notamment par l'arrêt *Zimmermann* du 27 février 1903. Dans cet arrêt le juge a nettement reconnu la responsabilité de l'Etat en raison d'une délimitation irrégulière du domaine public, c'est-à-dire pour une opération type de la puissance publique. Dans sa note sous cet arrêt (S. 05.3.17), M. HAURIOU remarque très justement que, dorénavant, les opérations de la puissance publique sont considérées comme l'exercice d'un *droit* susceptible d'engager la *responsabilité* de la *personne morale*. La théorie de la personnalité morale a fait une conquête importante et décisive en absorbant les manifestations les plus autoritaires de l'administration qui, précédemment, ne purent que très rarement donner lieu à l'application du contentieux subjectif parce qu'elles étaient considérées comme situées *absolument* en dehors des rapports du commerce juridique.

(2) Cf. Confl. 1<sup>er</sup> février 1873 *Blanco*. — La responsabilité de l'Etat se mesure aux besoins du service. De là on a cru pouvoir conclure que pour donner lieu à indemnité le fait de service devait constituer une

indemnités pour des raisons de moralité élémentaire, en tenant compte des nécessités du fonctionnement régulier des services publics (comp. P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1927, p. 3 et s.). La responsabilité de la puissance publique est considérée comme engagée non seulement en cas de faute caractérisée, mais encore lorsque l'activité administrative s'est développée, au préjudice des intéressés, pour la réalisation de fins contraires au bien du service, c'est-à-dire en cas d'*abus du droit*.

1. — Ce qui nous intéresse plus spécialement du point de vue de notre étude, ce sont les cas qui mettent en jeu la responsabilité de la puissance publique à la suite de décisions exécutoires entachées d'excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a reconnu que les conséquences dommageables résultant de l'exécution de pareilles décisions peuvent donner lieu à indemnité (comp. DUEZ, *op. cit.*, p. 23 et s.).

C'est ainsi que le Conseil a, notamment, accordé des indemnités à des particuliers ayant subi un préjudice du fait d'un *détournement de pouvoir* commis par l'adminis-

faute lourde ou d'une *particulière gravité*. Cette thèse s'appuie du reste sur la jurisprudence (cf. Cons. d'Et. 9 mars 1923 *sieur de la Villesbrune*; 7 février 1925 *Espitalier* S. 27.3.105 avec la note de M. HAURIOU; 1<sup>er</sup> juillet 1927 *Demoreuil* S. 27.3.105 avec la note de M. HAURIOU, D. 28.3.21 avec la note de M. L. TROTABAS; 25 mai 1928 *dame Minereau* D. hebdom. 28.421; 31 oct. 1928 *Pernot* D. 29.3.1 avec la note de M. APPLETON).

Cette idée est exacte si on ne lui attribue pas un sens absolu. Car, comme le dit très bien M. TROTABAS dans sa note précitée, « la théorie de la responsabilité de la puissance publique ne paraît pas apte à se plier aux règles d'un corps systématique, et la jurisprudence actuelle révèle surtout un grand éclectisme: partant de la formule générale de la faute de service, qui doit être d'une particulière gravité, elle sait en adoucir les contours quand l'équité ou la moralité administrative l'exigent, conformément aux principes du droit public ».

En dernière analyse, la responsabilité de l'administration est engagée toutes les fois que le fonctionnement du service public s'est effectué d'une façon anormale et qu'étant données les circonstances, la *moralité administrative* ne permet pas à l'administration d'échapper à l'obligation d'indemniser (cf. Cons. d'Et. 13 mars 1925 *Clef* S. 26.3.37).

Il semble, du reste, qu'aujourd'hui le Conseil d'Etat écarte de plus en plus l'indemnisation pour simple préjudice *moral* (Cons. d'Et. 24 mars 1916 *Quénot*; 1<sup>er</sup> juillet 1927 *Demoreuil* précité).

tration dans l'exercice de ses pouvoirs de police. Dans les arrêts de ce genre, le contentieux de l'indemnité vient compléter d'une façon très opportune la censure *objective* de l'atteinte aux règles de la *moralité administrative*.

Nous avons vu ci-dessus (p. 239 et s.) comment le Conseil d'Etat a été amené à annuler le refus opposé, pour des raisons étrangères au bien du service, par le maire de Cannes au sieur Rabé qui avait demandé la délivrance d'un numéro de voiture de place (Cons. d'Et. 8 juin 1917 *sieur Rabé*). Saisi par l'intéressé d'un recours en indemnité, le Conseil d'Etat, « considérant que, par suite du refus qui lui a été illégalement opposé de laisser stationner sa voiture automobile sur la voie publique, le sieur Rabé s'est trouvé dans l'impossibilité d'exercer son industrie de cocher de voiture de place et qu'il a subi, de ce fait, un préjudice », estima qu'il y avait lieu pour la ville de Cannes d'allouer au requérant une somme de 1.000 francs (Cons. d'Et. 14 janvier 1921 *Rabé*). Notons que le juge n'a pas retenu le préjudice moral invoqué par l'intéressé et résultant de poursuites judiciaires pour infraction aux ordres de l'administration (cf. égal. Cons. d'Et. 16 juillet 1926 *Trésallet*, D. hebdomadaire. 27. 8).

2. — Un pas important dans la voie de la moralisation de l'activité administrative a été fait par le Conseil d'Etat lorsqu'il a reconnu un droit à indemnité aux fonctionnaires et employés de l'administration congédiés brusquement et sans motifs légitimes.

Encore vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le juge, défendant, en cette matière, la théorie régaliennne, reconnaissait à l'administration des pouvoirs absolus et sacrifiait ainsi les intérêts légitimes des agents publics.

Dans l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 (S. 92.3.17) il déclarait, notamment, qu'un employé municipal ne saurait se prévaloir de sa nomination « pour soutenir qu'il avait le droit de conserver ses fonctions pendant un temps déterminé... » et que « le maire, en supprimant... l'emploi... n'a fait... qu'un acte rentrant dans ses attributions, et

« qui n'a pu ouvrir au requérant un droit à indemnité ». Le juge refusait même de condamner la commune au remboursement des retenues opérées en vue d'une pension de retraite. Même solution dans l'arrêt *Wotting* du 29 avril 1892, S. 94.3.33 (« ...que, dans ces circonstances, « le maire, en prenant contre le sieur W., dans l'intérêt « d'un service municipal, l'arrêté de révocation..., a agi « dans l'exercice de ses attributions, et que cet acte n'a pu « engager la responsabilité de la ville... »). Dans l'arrêt *Adda* du 15 décembre 1899, le Conseil d'Etat déclare encore « que l'arrêté de révocation d'un fonctionnaire communal « ne peut, même s'il est irrégulier, engager la responsabi- « lité pécuniaire de la commune ». Dans aucun cas, le fonctionnaire révoqué ou licencié ne pouvait donc prétendre à l'allocation d'une indemnité.

Cependant, les idées qui ont influé sur le développement du contrôle de l'excès de pouvoir et, notamment, l'application, de plus en plus large, de la théorie du *détournement de pouvoir*, ainsi que l'élimination progressive de l'*acte discrétionnaire*, ne durent pas manquer d'exercer également une répercussion favorable sur la jurisprudence rigoureuse appliquée, jusqu'ici, en notre matière.

Les arrêts *Toutain* du 9 juin 1899 et *Villenave* du 11 décembre 1903 (S. 04.3.121 avec la note de M. Hauriou) marquent déjà un progrès sensible.

Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Villenave*, M. Teissier, commissaire du gouvernement, fait remarquer que « les principes généraux du droit, les règles les plus « élémentaires de l'équité exigent en pareil cas (renvoi « brusque d'un fonctionnaire) l'allocation d'une indem- « nité pour permettre à ces agents ainsi sacrifiés de cher- « cher une situation nouvelle ».

La nouvelle jurisprudence se fixe avec l'arrêt *Lacourte* du 15 février 1907 (S. 07.3.49 avec la note de M. Hauriou) par lequel le Conseil d'Etat accorde une indemnité importante à un secrétaire général de mairie qui, après avoir été employé pendant plus de vingt-quatre ans, avait été révoqué

« sans qu'aucune *faute* pût être relevée contre lui » et alors « que cette mesure, *dans les circonstances où elle était intervenue*, avait causé au requérant un préjudice dont il « était fondé à demander réparation » (1).

Les arrêts *Blanc*, *Argaing* et *Bezie* du 31 mars 1911 (S. 12. 3.129), dans lesquels le Conseil, exerçant à la fois les deux contrôles *objectif* et *subjectif*, annule pour excès de pouvoir des arrêtés de suppression d'emploi et alloue des indemnités pour les conséquences dommageables d'une suppression *brusque* et *irrégulière*, sont bien connus (cf. la note de M. Hauriou).

La juridiction administrative applique ainsi, par analogie, toujours en tenant compte des nécessités primordiales du fonctionnement régulier des services publics, et à un moment où elle ne s'était encore entièrement ralliée à la conception du contrat de fonction publique, qui, soit dit entre parenthèses, n'est pas à l'abri de toute critique, le principe posé, en matière civile, par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 décembre 1890 (rempl. auj. par L. 19 juillet 1928) (2).

Voulant sanctionner d'une manière efficace la loi de moralité et les principes d'une bonne administration qui l'avaient déjà amenée à annuler les révocations irrégulières inspirées par des buts autres que le bien du service, elle reconnaît formellement aux fonctionnaires et employés de l'administration le droit à indemnité dans tous les cas de congédiement brusque ou injustifié et de révocation *prononcée, dans la plupart des cas, pour des buts étrangers à l'intérêt du service*.

C'est ainsi que nous rencontrons des arrêts où la dénoncia-

(1) Cf. la note de M. JEZE, *Rev. dr. p.*, 1907, p. 236 et s.

(2) V. enc. Cons. d'Et. 22 juin 1906 *Pauly* (S. 07.3.49); 12 mai 1911 *Fontaine*; 28 juillet 1911 *Guéland*; 24 novembre 1911 *Gendre*; 1<sup>er</sup> décembre 1916 *Pomaret*; 22 juin 1917 *Marty* et *Rapp*; 26 mars 1920 *Tramini*. — Toutes ces solutions peuvent être ramenées au principe de la responsabilité pour *faute* bien que, dans l'ensemble, la jurisprudence du Conseil d'Etat soit assez incertaine (*contra* DUEZ, *op. cit.*, p. 48; cf. concl. TEISSIER dans aff. *Villeneuve* précitée).

tion du *détournement de pouvoir* va de pair avec l'affirmation du droit à l'allocation d'une indemnité.

« Il ressort des pièces du dossier, dit le Conseil d'Etat « dans l'arrêt *Létard* du 12 janvier 1912, que le maire... « ne s'est pas inspiré de motifs tirés de l'*intérêt du service* « pour relever le sieur Létard de ses fonctions de canton- « nier ; sa décision est, *dès lors*, de nature à ouvrir au requé- « rant un droit à indemnité à l'encontre de la com- « mune ». Dans l'arrêt du 12 février 1922 *sieur Garbal* il est déclaré que les arrêtés du maire « ont été pris pour « des raisons *étrangères au service* du requérant » et « que, « dans ces conditions, celui-ci est fondé à demander une « indemnité à la commune... pour le préjudice que lui ont « fait subir les arrêtés qui ont, à plusieurs reprises, pro- « noncé contre lui une révocation injustifiée... » De même, nous relevons dans l'arrêt *Boudin* du 23 février 1923 la formule suivante : « Considérant qu'il résulte de l'instruc- « tion que le sieur B. a été brusquement révoqué de ses « fonctions de secrétaire de mairie pour des motifs *étrangers* « à l'*intérêt du service*, que, *par suite*, il est fondé à deman- « der à la commune... une indemnité... »

Dans les arrêts de ce genre l'application de la théorie de la responsabilité administrative se rattache donc étroitement à celle du contrôle du *détournement de pouvoir* (comp. Cons. d'Et. 14 janvier 1921 *Rabé* précité).

Il peut arriver, d'autre part, que le Conseil d'Etat refuse d'annuler sur recours pour excès de pouvoir et qu'il accorde, cependant, une compensation pécuniaire sur recours en indemnité.

Lorsque les moyens invoqués, dans un cas déterminé, à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir sont insuffisants pour provoquer l'annulation d'une mesure de licenciement et, notamment, lorsque l'annulation n'est pas possible parce qu'il n'y a pas violation de la loi, ou parce que le requérant n'invoque que l'inopportunité de la mesure attaquée et qu'il a omis d'alléguer spécialement un détournement de pouvoir, qu'en règle générale le Conseil d'Etat ne



relève pas d'office, il n'est pas toujours dit que les procédés *injustes* employés par certains administrateurs à l'égard de leurs subordonnés échappent à toute censure et à toute répression juridictionnelle. Si la victime de ces manœuvres prend soin d'intenter le recours en indemnité, le juge y trouve l'occasion de dénoncer l'attitude de l'administration, en allouant, en même temps, une compensation pécuniaire. Les insuffisances du recours pour excès de pouvoir se trouvent ainsi comblées par les possibilités que réserve au Conseil d'Etat le contentieux de l'indemnité pour le plus grand bien de la *moralité administrative*.

C'est ainsi que le juge de l'excès de pouvoir a été amené à rejeter un recours en annulation formé par le directeur du Jardin des Plantes de Rennes qui se prétendait injustement révoqué. Etant donné que l'intéressé avait omis de prendre connaissance de son dossier en temps utile, bien qu'il fût mis en demeure de le faire, et considérant, d'autre part, que la requête soulevait un débat sur l'opportunité de l'arrêté de révocation que, d'après une jurisprudence constante, le sieur Marc n'était pas recevable à discuter par le moyen du recours en excès de pouvoir, le Conseil d'Etat ne put que maintenir la décision attaquée.

Mais le fonctionnaire congédié avait également intenté un recours en indemnité. L'examen de l'ensemble des circonstances de l'affaire, auquel le juge put procéder sans être entravé par les limites restreignant les moyens d'investigation dans le contrôle de l'excès de pouvoir, devait amener le Conseil d'Etat à donner une solution favorable au requérant.

« Si, dit-il, par décision en date de ce jour, le Conseil  
« d'Etat a reconnu que l'arrêté de révocation du sieur Marc  
« n'était pas entaché d'*excès de pouvoir*, il y a lieu d'appré-  
« cier, à l'occasion de la demande d'indemnité présentée  
« par le sieur Marc, si la mesure dont il a été l'objet était  
« *justifiée* ; il ne résulte ni des documents versés au dos-  
« sier, ni de l'enquête à laquelle il a été procédé, que le  
« sieur Marc ait commis des *fautes de service de nature à*

« justifier la mesure prise contre lui ; il convient donc, dans les circonstances de l'affaire, de lui allouer une indemnité tant à raison de la révocation que du brusque congédiement dont il a été l'objet » (Cons. d'Et. 20 juin 1913 Marc, deux arrêts).

Et voilà comment la *moralité administrative*, à laquelle, pour des raisons inhérentes au contrôle de l'excès de pouvoir, il ne pouvait être donnée satisfaction par l'annulation de l'acte incriminée, se trouva rétablie dans ses droits par la voie du contentieux de la *réparation pécuniaire*.

b) Il y a lieu de remarquer, ensuite, que la théorie de l'*enrichissement sans cause*, développée par le Conseil d'Etat, a servi de base à des solutions intéressantes. Ce qui inspire ici les décisions de la jurisprudence administrative, ce ne sont pas tant des principes abstraits et des constructions systématiques que les règles souples et extensibles de la *bonne administration* transposées dans le domaine du contentieux subjectif.

Certes, l'on peut dire avec M. Hauriou (1) que les solutions en matière de responsabilité de la puissance publique reposent essentiellement sur les trois principes de la responsabilité pour *faute*, de l'*enrichissement sans cause* et de l'*inconvenient exceptionnel de voisinage*, — mais seulement sous condition de prendre ces notions dans leur acception la plus large et de ne pas voir dans cette division un compartimentage *rigide* dont les limites ne sauraient jamais être dépassées. Car, si déjà le Conseil d'Etat a été amené à adapter la notion civile de *faute* aux exigences du bon fonctionnement des services publics qui dominent toutes les matières du droit administratif, il a, d'autre part, fait à la théorie de l'*enrichissement sans cause* un tout autre accueil que le droit privé ; on sait que la majorité des civilistes l'enferme dans un cadre étroit à caractère purement technique, alors qu'il serait plus prudent en même temps que plus exact d'en chercher le fondement dans l'idée *morale* qui, par elle-

(1) M. HAURIOU, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 363; cf. également, 11<sup>e</sup> éd., p. 308 et s.

même, interdit, d'une façon générale, de conserver tout enrichissement injuste (1).

Nous pouvons nous dispenser d'insister sur ces points parce qu'ils dépassent déjà le cadre de notre étude.

Remarquons, seulement, dans cet ordre d'idées, qu'il peut paraître regrettable que la jurisprudence n'ait pas toujours aperçu que, dans certains cas, l'Etat peut être déclaré pécuniairement responsable de mesures législatives quand bien même la loi n'a pas spécialement prévu le paiement d'indemnités aux particuliers devant subir un préjudice du fait de son application (2).

S'il convient d'admettre, en effet, que l'application des lois de police et d'organisation générale ne peuvent donner lieu à indemnisation au profit des personnes qui se prétendent lésées, la loi *morale*, qui, en cette matière, nous fournit un critérium précieux, exige impérieusement que lorsque des mesures législatives ont pour effet d'accroître le patrimoine public ou de porter atteinte au profit de la collectivité à des intérêts économiques respectables, les personnes ayant subi un préjudice du fait de ces mesures soient indemnisées.

On peut s'étonner, à juste titre, de trouver encore dans les conclusions de M. Rivet ayant précédé l'arrêt *Couitéas* du 30 novembre 1923 des phrases traduisant un point de vue absolument périmé. « *Quid*, se demande le commissaire « du gouvernement, en cas de silence de la loi ? » « La « règle est, dit-il, dans cette... hypothèse, que l'abstention « du législateur doit être réputée voulue. Si le législateur « a estimé... la rupture d'équilibre invoquée insuffisante, « il ne saurait appartenir au juge de substituer à son appréciation son opinion propre et d'accorder un dédommagement qu'il a implicitement refusé. »

(1) Cf. G. RIPERT, *op. cit.*, p. 248 et s.

(2) V. pour cette question M. HAURIOU, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 385 note (2); 11<sup>e</sup> éd., p. 303 note (1); L. DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 512 et s.; G. RENARD, *Notions très sommaires de droit public français*, Sirey, 1920, p. 136 et s.; DUEZ, *op. cit.*, p. 90 et s.

Cette manière de voir ne saurait guère être admise. La question qui se pose en pareil cas n'est pas celle de savoir si, oui ou non, la loi a *entendu* accorder une indemnité, mais celle de savoir si des *raisons supérieures de moralité*, absolument indépendantes de la volonté du législateur et dominant celle-ci — savoir le principe même de la *justice commutative* — n'exigent pas que les intéressés obtiennent des compensations pécuniaires ; car, sous aucun prétexte, l'Etat, pas plus que les particuliers, ne saurait être admis à s'enrichir *injustement* au détriment d'autrui.

Si, par exemple, on comprend facilement qu'*en vertu même de la loi morale*, les fabricants d'absinthe ne pouvaient réclamer aucune indemnité à la suite du vote de la loi, d'*ordre public*, qui a interdit la fabrication de cette liqueur, on admettra, sans plus de difficulté, que les *mêmes principes* obligent l'Etat au paiement d'indemnités en cas de création de *monopoles*, alors même que la loi n'aurait pas expressément prévu l'indemnisation (1).

II. — Ces précisions étant acquises, on peut se demander si, à l'heure actuelle, la responsabilité de la puissance publique présente toujours un fondement essentiellement *moral*.

En présence de certaines solutions jurisprudentielles intervenues depuis la guerre, la réponse paraît douteuse.

En effet, les limites de la théorie de l'*inconvenient exceptionnel de voisinage*, qui n'est qu'un développement de celle de l'*enrichissement sans cause*, ont été dépassées lorsque le juge administratif, semblant vouloir s'écarter *résolument* des bases traditionnelles de la théorie de la responsabilité, a admis la responsabilité de la puissance publique en cas de *risque exceptionnel de voisinage* (2).

a) L'arrêt *Regnault-Desroziers* du 28 mars 1919, faisant

(1) Cf. la note de M. HAURIOU sous l'arrêt Cons. d'Et. 24 avril 1921 *Société Premier et Henry S.* 23.341.

(2) Le principe de la responsabilité de l'Etat en dehors de toute faute caractérisée avait déjà été admis, dans des cas spéciaux, par des arrêts antérieurs à la guerre, tels que l'arrêt *Lefebure* du 5 février 1909.

application de ce principe, semble indiquer, à première vue, que le Conseil d'Etat, contrairement aux conclusions de son commissaire du gouvernement qui l'avait invité à faire application de la théorie de la faute, ait voulu faire des concessions importantes à la théorie simpliste de la responsabilité *objective*.

En l'espèce, le juge, partant de la constatation que « l'autorité militaire avait accumulé une grande quantité de grenades dans les casemates du fort de la Double-Couronne, situé à proximité des habitations d'une agglomération importante ; qu'elle procédait, en outre, constamment à la manutention de ces engins dangereux en vue d'alimenter rapidement les armées en campagne ; que ces opérations étaient effectuées dans des conditions d'organisation sommaire, sous l'empire des nécessités militaires », voit dans ces faits « des *risques* excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage », risques qui, de l'avis du juge, étaient de nature à engager la responsabilité de l'administration en dehors de toute faute établie (1).

Il semble bien qu'en l'espèce le Conseil d'Etat s'écarte dans une mesure sensible de la théorie subjective de la responsabilité qu'il avait encore adoptée en 1912, dans l'arrêt *Ambrosini* rendu le 10 mai de cette année sur recours en indemnité formé à la suite de l'explosion du cuirassé *Iéna*.

Ne pourrait-on, cependant, voir dans le fait que le Conseil (qui ne se borne pas à affirmer purement et simplement la responsabilité de l'Etat comme découlant du principe général du risque créé) n'est arrivé à admettre cette responsabilité qu'après avoir pesé soigneusement toutes les circonstances de l'affaire, la préoccupation du juge de ne pas repousser absolument l'idée traditionnelle de la responsabilité subjective ? Il nous semble que ce que le Conseil d'Etat, tout en cherchant, pour les besoins de la cause, une formule située en dehors de la terminologie consacrée, a voulu simplement signifier dans notre affaire, ainsi

(1) V. la note de M. HAURIU sous cet arrêt au S. 19.3.25.

d'ailleurs que dans d'autres analogues (1), c'est que, dans certaines circonstances où le fonctionnement du service public comporte des risques exceptionnellement graves pour les voisins, il est conforme au *principe d'équité* d'appliquer une théorie suffisamment large pour ne pas priver les victimes d'un dommage de tout droit à indemnité. Cette manière de voir paraît, du reste, corroborée par un passage des conclusions présentées par M. Corneille dans l'affaire *Colas* du 21 mai 1920, où le commissaire du gouvernement estime que, dans l'arrêt *Regnault-Desrozières*, le Conseil d'Etat a adopté une doctrine *intermédiaire* entre la *faute* et le *risque* (2).

En somme, il s'agit ici, si l'on veut, d'un certain droit à l'*assistance* reconnu au profit de la victime du fonctionnement d'un service public se produisant dans des conditions *anormales*, droit fondé sur certaines considérations d'*équité* et de bon sens (3).

b) De l'arrêt que nous venons de citer nous pourrions rapprocher une décision récente, remarquable à plusieurs points de vue, et qui n'a pas manqué de provoquer des commentaires intéressants.

Nous visons l'arrêt *Couitéas* du 30 novembre 1923, dans lequel, pas plus que dans l'arrêt précédent, on ne saurait voir, à notre avis, une répudiation *absolue* des théories traditionnelles de la responsabilité. En effet, le fait, par le gouvernement, de se refuser à exécuter une décision de justice revêtue de la formule exécutoire constitue, pour la personne qui doit en supporter les conséquences, un préjudice

(1) Cons. d'Et. 21 mai 1920 *Colas* (responsabilité de l'Etat reconnue en raison de l'explosion du cuirassé *Liberté*); 24 décembre 1926 *Walther S.* 27.3.35 (indemnité accordée pour dommage causé à un immeuble voisin par l'incendie volontaire d'un immeuble ordonné par l'administration en vue d'enrayer le développement d'une épidémie; comp. DUEZ, *op. cit.*, p. 53).

(2) *Rev. dr. p.*, 1920, p. 411.

(3) A remarquer que la question de la réparation des dommages causés par les établissements travaillant pour la défense nationale est aujourd'hui réglée par la loi du 3 mai 1921.

d'une nature tout à fait spéciale qui exige réparation, non pas tant en vertu du principe général qu'une charge exceptionnelle subie par une personne déterminée dans l'intérêt général doit toujours être supportée par la communauté ou de l'idée encore plus abstraite de l'égalité des individus devant les charges publiques (1), que parce qu'en présence des circonstances toutes particulières de la décision administrative, il aurait pu paraître souverainement injuste que ce préjudice nettement exceptionnel subi dans l'intérêt de la collectivité ne fût pas compensé par une indemnité équitable, et que, d'ailleurs, il importe, dans l'intérêt de la bonne conduite de l'administration, que celle-ci ne soit pas toujours exonérée de toute indemnité alors même qu'aucune faute précise ne peut être directement relevée à sa charge.

Sans ériger la théorie de la responsabilité objective en principe absolu, le Conseil d'Etat a plutôt statué en fait, en tenant compte de considérations légitimes. Il déclare « que  
 « le justiciable, nanti d'une sentence judiciaire dûment  
 « revêtue de la formule exécutoire, est en droit de compter  
 « sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution  
 « du titre qui lui a été ainsi délivré ; que si... le gouverne-  
 « ment a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécu-  
 « tion et le droit de refuser le concours de la force armée,  
 « tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécu-  
 « rité, le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait,  
 « s'il excède une certaine durée, être regardé comme une  
 « charge incombant normalement à l'intéressé et qu'il  
 « appartient au juge de déterminer la limite à partir de  
 « laquelle il doit être supporté par la collectivité ». Et le  
 Conseil d'Etat d'ajouter « que la privation de jouissance  
 « totale et sans limitation de durée résultant pour le requé-  
 « rant de la mesure prise à son égard lui a imposé, dans  
 « l'intérêt général, un préjudice pour lequel il est fondé à  
 « demander une réparation pécuniaire ».

En dépit des formules de l'arrêt, il est permis de croire qu'au fond, ce n'est pas tant le principe même du préjudice

(1) En ce sens, not. DUEZ, *op. cit.*, p. 59 et s.

*spécial* et l'idée *abstraite* de la charge exceptionnelle imposée à un particulier qui a déterminé le Conseil d'Etat à reconnaître le droit à indemnité, que le fait *précis et concret* de la privation de jouissance totale et sans limitation de durée subi par la victime du dommage, alors que l'intéressé était en droit de compter sur l'exécution certaine de la décision de justice rendue à son profit et restée inexécutée en raison des troubles graves qui en seraient résultats, points de fait dont l'importance a particulièrement retenu l'attention du juge et qui, avant toute autre considération, lui ont dicté sa décision.

Dans une note sous cet arrêt (S. 23.3.57) M. Hauriou admet, d'ailleurs, que la solution donnée par le Conseil d'Etat, n'ayant que la valeur d'une *décision d'espèce*, ne préjuge nullement la question de la doctrine du haut tribunal administratif sur la responsabilité administrative. Le Conseil ne ferait qu'ajouter une nouvelle cause d'indemnisation à celles déjà admises, à savoir : l'indemnisation pour préjudice causé par un acte de *légitime défense* de l'Etat.

Il est vrai que certains passages des conclusions, par ailleurs prudentes, de M. Rivet, commissaire du gouvernement, pourraient faire supposer que l'arrêt marque une tendance de la jurisprudence administrative de s'écarter de plus en plus des données morales du problème, pour s'engager dans la voie périlleuse de la responsabilité *objective*.

« Nous ne nous dissimulons pas, déclare M Rivet, que la  
 « réponse, favorable à la requête, que nous allons vous pro-  
 « poser de donner à cette question devra, si vous décidez  
 « de la faire vôtre, vous amener à élargir quelque peu la  
 « notion de responsabilité de la puissance publique que,  
 « même dans son dernier état, traduit l'ensemble de vos  
 « arrêts. Mais nous croyons que cette extension — à condi-  
 « tion que vous en fixiez et délimitiez nettement l'impor-  
 « tance — ne peut constituer, dans l'acception intégrale  
 « du mot, qu'un « progrès » véritable, et qu'elle est, au sur-  
 « plus, l'aboutissement logique des diverses tendances que



« nous avons été amenées à vous rappeler. Du côté du législateur, vous avons-nous dit, volonté manifeste de se rallier de plus en plus à la formule du « *risque social* », exclusive du sacrifice trop lourd, imposé à l'individu dans l'intérêt de tous, sans allocation d'un droit compensateur. Du côté du juge, exception générale à la règle de l'irresponsabilité en faveur des personnes en possession d'un contrat auquel l'acte dommageable aura porté atteinte, tendance, d'autre part, sous l'inspiration des mêmes directives que le législateur, à reconnaître la possibilité d'une indemnisation, sinon, sans doute, par un empiètement sur le domaine de la loi, dans tous les cas d'inégalité accusée, mais dans ce cas, tout au moins, véritablement exceptionnel de l'individu à qui ne peut être opposée ni la communauté de *risque*, ni l'existence d'une contrepartie avantageuse, et qui invoque l'un de ces préjudices qu'un voisinage *normal* ne peut causer, et qui apparaissent comme la conséquence fatale de l'usage des procédés exorbitants du droit commun auxquels l'Etat seul peut avoir recours ».

Il faut, cependant, retenir qu'après avoir insisté sur les faits particuliers de la cause auxquels il attribue en termes exprès le « caractère de *lourde exception* », apparenté, en somme, à la faute, M. Rivet propose aux juges de faire « un pas de plus dans une voie où ils se sont déjà engagés », mais de « maintenir intacts, par ailleurs, les principes essentiels qui sont la physionomie propre de la doctrine du Conseil d'Etat » (1).

c) Nous voudrions encore mentionner, en terminant, deux arrêts qui, à notre avis, montrent combien la doctrine du juge administratif est nuancée et dans quelle mesure les éléments spécifiquement *moraux* sont de nature à influencer sa jurisprudence. Nous visons les arrêts *Lamiable et autres* du 30 juin 1922 et *Martin et Thiéry* du 29 février 1924.

Les circonstances de la première de ces deux affaires

(1) *Rev. dr. p.*, 1924, p. 93 et 94.

étaient les suivantes : Le 15 janvier 1919, la France conclut avec le Comité national polonais un accord stipulant certains avantages pour les officiers français qui consentiraient à prendre du service dans l'armée polonaise. Lors de la démobilisation générale de l'armée, les officiers de complément qui, à la suite de cet accord, avaient pris du service en Pologne durent rentrer dans la vie civile. Ils se virent privés des avantages particuliers prévus par l'accord, à titre de dédit, en faveur des officiers que la Pologne ne désirait pas conserver. Le gouvernement français saisi, comme garant, de leurs réclamations, refusa de leur verser la totalité de la somme prévue à titre de dédit parce que, par l'accord de 1919, il n'avait pris aucun engagement formel à l'égard des requérants et que, d'autre part, il s'était borné à prendre les mesures qui s'imposaient après la cessation des hostilités ; il en concluait qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée.

Sur recours des intéressés, le Conseil d'Etat reconnaît, tout d'abord, qu'aucun lien contractuel ne liait, en effet, les requérants à l'Etat français du fait de la conclusion de l'accord passé avec le comité national polonais. Il reconnaît également « qu'en prenant, par application des lois et « règlements en vigueur, les diverses mesures propres à « régler la situation créée par la démobilisation générale, et « en veillant, pour la stricte exécution du traité de paix, à « ce que, à partir de la date fixée pour la cessation des hos- « tilités, aucun acte ne pût être reproché au gouvernement « français comme contraire au principe de neutralité, l'Etat « français n'a fait qu'user de ses pouvoirs dans l'intérêt « national, et que lesdites mesures ne sauraient être regar- « dées comme constituant par elles-mêmes une faute du ser- « vice public ».

Tenant compte, cependant, du fait « que le gouverne- « ment français n'est pas resté étranger aux engagements « contractés par les officiers du cadre complémentaire avec « l'Etat polonais ; qu'il s'est fait l'intermédiaire du gouver- « nement polonais envers ces officiers, en vue de faciliter « leurs engagements, dans le but d'arriver à la constitution

« de l'armée polonaise sur les meilleures bases possibles ;  
 « qu'il a négocié, par l'accord avec le gouvernement polo-  
 « nais, les conditions dans lesquelles les officiers français  
 « seraient appelés à servir en Pologne et les garanties qui  
 « leur seraient offertes et assurées » ; considérant, en outre,  
 « qu'en portant ces conditions à la connaissance des officiers  
 « de complément, l'administration de la guerre avait agi de  
 « façon à leur donner la conviction qu'elle leur offrait la  
 « faculté de prendre du service dans l'armée polonaise aux  
 « seules stipulations de l'accord du 15 janvier 1919... sans  
 « leur laisser prévoir que les mesures qu'elle devait prendre  
 « ultérieurement... pouvaient avoir pour effet... de réagir  
 « sur la durée des engagements et de faciliter la rupture  
 « des contrats par l'Etat polonais, qu'en tout cas, ces offi-  
 « ciers, en souscrivant leur contrat d'engagement, devaient  
 « légitimement penser qu'ils auraient, en tout état de cause,  
 « droit pendant six mois au paiement de la double solde,  
 « et, si le contrat n'était pas renouvelé, à un dédit... », le  
 Conseil d'Etat estima « que, dans ces circonstances, les  
 « interventions diverses de l'administration de la guerre,  
 « qui... avaient directement contribué à hâter le licencié-  
 « ment des officiers français, étaient de nature à engager la  
 « responsabilité de l'Etat ».

Nous nous refusons à croire qu'en l'espèce, comme semble l'admettre M. Duguit (*op cit.*, t. III, p. 471), le Conseil d'Etat ait voulu faire application de la théorie du *risque*. Aucun des termes de l'arrêt que nous venons de rapporter n'autorise pareille déduction. A notre avis, il est bien plus simple de considérer cette solution comme ne constituant que la sanction d'une *obligation morale* que l'Etat français avait assumée à l'égard des officiers de complément qui avaient pris du service dans l'armée polonaise (1).

Une solution à peu près identique a été donnée par le

(1) V. sous cet arrêt au S. 22.3.25 la note de M. HAURIOU qui voit dans cette décision un cas d'application de la théorie de la *gestion d'affaires*. Cette manière de voir paraît assez critiquable. V. à ce sujet DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 472.

Conseil d'Etat dans l'affaire *Martin et Thiéry*, par arrêt du 29 février 1924.

Deux officiers de carrière qui avaient pris du service dans l'armée polonaise à la suite des accords intervenus entre le gouvernement français et la Pologne furent rappelés en France pour recevoir une affectation nouvelle. A la suite de ce rappel les intéressés formèrent un recours contre la décision du ministre de la guerre leur déniait tout droit à l'indemnité prévue à titre de dédit pour le cas de rupture du contrat qui les liait au service de la Pologne.

Le Conseil d'Etat, considérant « que s'il est constant « que l'administration de la guerre tient des lois du « 14 avril 1832 et du 19 mai 1834, ainsi que de l'ordon- « nance du 16 mars 1838... le pouvoir d'affecter les officiers « de l'armée active selon les besoins du service, cette admi- « nistration se trouvait... en mesure de prévoir que, pour « des raisons d'intérêt général, elle ne pourrait plus, à bref « délai, conserver en Pologne une partie des officiers main- « tenus provisoirement, que, dès lors, l'intervention de « l'administration... qui avait pour effet de laisser croire « aux intéressés qu'ils auraient droit au dédit... a été de « nature à engager vis-à-vis de ceux-ci la responsabilité de « l'Etat... », fit droit à la demande des requérants.

Il semble qu'au point de vue de l'application stricte du principe de *légalité*, les intéressés n'auraient pu prétendre à l'allocation d'aucune indemnité par le gouvernement français. En effet, le ministre avait fait un usage parfaitement *légal* du droit d'affectation qu'il pouvait légitimement exercer à tout moment sans qu'en droit strict les militaires rappelés eussent pu demander une compensation pour la perte des différents avantages qui leur étaient réservés.

Les deux arrêts que nous venons de mentionner sont vraiment déconcertants par le doute qu'ils laissent subsister sur les intentions réelles du juge. Aucune doctrine ferme ne s'en dégage en ce qui concerne le fondement même de la responsabilité administrative. M. Jèze croit que la solution donnée dans l'arrêt *Martin et Thiéry* constitue peut-être un

cas d'application de la théorie de la *faute délictuelle* (1). Mais si l'on peut considérer, à la rigueur, qu'il y a eu faute de la part de l'administration à laisser croire aux intéressés qu'ils pouvaient compter sur certains avantages dont ils avaient été privés par un rappel que l'administration était en mesure de prévoir, il faut convenir, en tous cas, que cette faute n'était pas bien caractérisée.

Pour notre part, nous estimons qu'il suffit de dire que, dans les affaires rapportées ci-dessus, le juge administratif, évitant de relever une faute proprement dite qu'il considérait, vraisemblablement, comme inexistante, a fait purement et simplement application d'une règle de *moralité* en censurant l'attitude observée par l'autorité administrative, qui, à n'en pas douter, était peu conforme aux règles de la bonne administration.

d) Il convient de conclure de l'ensemble des constatations que nous avons été amenés à faire au cours de l'exposé qui précède que, dans leur ensemble, les solutions, encore peu fermes, du Conseil d'Etat, ne paraissent pas actuellement justifier le point de vue d'après lequel la jurisprudence administrative s'achemine vers une renonciation définitive aux conceptions traditionnelles du principe de la responsabilité subjective fondée sur l'idée de la *morale commune*, et s'apprête à inaugurer une phase nouvelle comportant des solutions que certains considèrent, à tort, comme la marque du progrès.

Si, dans une certaine mesure, le Conseil d'Etat a fait appel à des notions caractérisant la responsabilité *objective*, c'est que le principe de la responsabilité pour *faute* ne pouvait à lui seul conduire aux résultats que paraissait exiger *l'équité* et auxquels le juge ne put s'empêcher de tendre en s'aidant de toutes les ressources que lui fournissait la technique du droit. Comme « la responsabilité de « l'administration à raison des fautes du service ne suffit « pas toujours pour satisfaire l'équité » (Appleton, *op. cit.*,

(1) *Rev. dr. p.*, 1924, p. 611.

p. 440), il n'y a rien d'étonnant à ce que le juge administratif cherche à élargir sa jurisprudence en se servant du concept du *risque*, moyen commode, sinon très recommandable, pour justifier, en droit, des décisions que réclament à la fois l'idée de la bonne administration et les intérêts bien compris de la victime de dommages causés par une administration qui se fait de plus en plus envahissante. D'autre part, comme l'a très bien indiqué M. Duez (*op. cit.*, p. 56 et s.), l'idée de la responsabilité objective permet au Conseil d'Etat statuant sur recours en indemnité d'allouer, lorsque l'*équité* l'exige, des compensations pour les conséquences dommageables de décisions exécutoires que comme juge de l'excès de pouvoir il lui est impossible d'annuler.

Le tout est de ne pas se méprendre sur le sens profond que selon nous il convient d'attribuer à cette jurisprudence.

En dernière analyse, on peut admettre que le principe de la responsabilité reste dominé par le postulat général qui fonde la *sécurité* dans les rapports juridiques sur la *confiance nécessaire* qui doit présider aux relations de la vie sociale (V. G. Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 113, note (1), et la discussion de l'idée de *confiance nécessaire* exploitée, d'ailleurs dans un sens contraire à nos conceptions, par M. Emmanuel Lévy dans ses travaux).

On peut affirmer, en effet, que « la mesure de la responsabilité de chacun est la confiance que chacun doit donner à son semblable et qu'il doit en recevoir pour que la vie sociale soit possible » (G. Renard, *loc. cit.*).

L'application de cette idée, dont nous nous défendons d'ailleurs d'exagérer les conséquences, à la matière qui nous occupe nous conduit aux réflexions suivantes :

Dans une certaine mesure, variable selon les circonstances, le particulier placé en face de l'administration doit pouvoir s'attendre à ce que l'administration fonctionne de manière à ne pas entraver la poursuite de ses intérêts légitimes et à ce que l'activité administrative ne vienne pas porter atteinte à l'intégrité de son patrimoine. Dans la mesure où cet espoir *raisonnable* se trouve ruiné par

les événements, l'équité exige que la responsabilité de la puissance publique soit engagée même en dehors de toute faute relevée à la charge de l'administration. En ce cas, il y aurait *faute* à ne pas réparer le dommage causé (comp. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 121, *in fine*). D'autre part, l'administration est en droit de compter sur le fait que les administrés acceptent certains inconvénients inhérents au fonctionnement des services publics ; elle aura satisfait à ses obligations en réglant son attitude sur ce crédit que, de son côté, elle fait au bon sens des administrés en contact nécessaire avec elle. Un particulier ne saurait donc exiger aucune compensation en raison d'inconvénients que normalement il aurait dû prévoir et dont en toute équité il ne saurait se plaindre sans émettre par là même une prétention qui constitue un défi au développement normal de la vie sociale ; il doit savoir que la vie en société exige certains sacrifices qui ne donnent pas lieu à réparation, que « dans la grande mêlée de la vie » les actes nuisibles sont inévitables et que « toute supériorité « matérielle ou morale... est acquise aux dépens de quel qu'un ; c'est la vie, et la nature nous donne le spectacle « de la lutte incessante » (G. Ripert, *op. cit.*, p. 219, avec la citation de M. Emm. Lévy).

Cette idée, nous semble-t-il, n'a pas passé inaperçue en jurisprudence. Quand il s'agit de l'usage d'un ouvrage public, déclare M. Rivet dans ses conclusions ayant précédé l'arrêt *Grimaud*, rendu par le Conseil d'Etat le 20 mars 1926 (*Rev. dr. p.*, 1926, p. 258 et s.), « pour qu'un « droit à indemnité, en cas d'accident, puisse être reconnu, « il faut... qu'il soit établi que l'ouvrage *ne se présentait* « *pas tel que l'usager pouvait légitimement s'attendre à le* « *trouver* ». Voilà bien, adaptée à un cas particulier, l'expression de l'idée d'après laquelle la responsabilité de la puissance publique se mesure surtout à la corrélation qui existe entre les prévisions *raisonnables* de celui qui, d'une façon ou d'une autre, entre en contact avec l'administration et les conditions du fonctionnement des services publics.

Ce n'est encore là que l'application d'un principe de *moralité*, puisqu'en définitive cette responsabilité, telle que nous la concevons, est toujours fondée sur cette *morale commune* que nous venons d'évoquer ci-dessus et qui exige, en toute occasion, le respect absolu de l'idée de la bonne foi, du *fair play* dans les relations sociales. Et c'est au juge public qu'en cas de contestation il appartient de peser, dans les espèces concrètes, les exigences particulières de ce principe de bon sens et d'accorder aux réclamants les compensations pécuniaires qui s'imposent chaque fois qu'ils ont eu à subir une entrave exceptionnelle à laquelle ils ne pouvaient *régulièrement s'attendre*. Voilà bien le sens que, selon nous, il convient d'attribuer à l'évolution récente de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Nous pouvons donc soutenir qu'encore aujourd'hui, des notions d'ordre moral analogues à celles qui sont à la base du contrôle de l'excès de pouvoir, en tant qu'il tend à imposer le respect des règles découlant de l'idée même de l'institution administrative, continuent, en suppléant parfois aux insuffisances du recours en annulation, à servir de fondement aux arrêts rendus par le Conseil d'Etat pour assurer, selon les règles de la bonne administration, la protection des droits des particuliers à l'encontre de l'activité dommageable de la puissance publique, dont les rigueurs, souvent inévitables, se trouvent par là-même atténuées.

---



## TITRE IV

### LA PREUVE DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR MOYENS D'INVESTIGATION DU JUGE QUESTIONS DE TERMINOLOGIE

---

Dans ce Titre, nous présenterons dans un premier paragraphe quelques observations sur les procédés employés et les faits retenus par le Conseil d'Etat pour arriver à la découverte du détournement de pouvoir. Un deuxième paragraphe sera ensuite consacré à quelques considérations sur les formules employées par le juge de l'excès de pouvoir dans ses arrêts.

#### § 1<sup>er</sup>. — *Moyens de preuve et d'investigation*

I. Observations préliminaires. — II. Procédés d'investigation du juge. — III. Eléments de preuve du détournement de pouvoir. — IV. Caractère probatoire de la présomption. — V. Conclusion (directives de la jurisprudence).

I. Dans les développements qui vont suivre nous pouvons négliger la question des moyens de preuve admis par la jurisprudence judiciaire, puisque, comme nous l'avons établi, celle-ci est, en principe, demeurée étrangère au mouvement qui a mis en valeur les idées de moralité administrative et de bonne administration. Du reste, même si la Cour de cassation s'était ralliée à ces idées, le juge de police, étant donnée sa timidité traditionnelle à l'égard de l'administration, n'aurait jamais osé pousser ses investigations aussi loin que le Conseil d'Etat, et cela d'autant plus qu'il existe chez lui une tendance à décliner, dans certains cas où la preuve du vice de l'acte invoqué

incidemment dans une poursuite pénale lui paraît se compliquer de trop de difficultés, le contrôle de la *légalité* proprement dite.

La question de la preuve en matière de contrôle contentieux de la moralité administrative, preuve qui, conformément au droit commun, incombe au requérant (1), quoique facilitée par le caractère inquisitorial de la procédure du contentieux administratif, présente une importance toute particulière. En effet, c'est de l'étendue plus ou moins grande des moyens de preuve et des facultés d'investigation dont dispose le juge que dépend, en dernière analyse, l'efficacité pratique de l'action disciplinaire exercée par le Conseil d'Etat.

Dans les lignes qui vont suivre nous insisterons surtout sur les points retenus par le Conseil d'Etat pour la découverte du détournement de pouvoir, puisque c'est au sujet de ce dernier que se posent les questions les plus intéressantes.

Nous remarquons, d'autre part, que nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer incidemment l'intérêt qui s'attache à toutes ces questions dans notre partie générale ainsi qu'au cours de l'examen des solutions jurisprudentielles. L'exposé que nous avons fait de ces dernières ne tendait pas tant à préciser les buts spéciaux imposés à l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs qu'à faire ressortir les *directives* suivies par le juge en vue de l'établissement du détournement de pouvoir. Nous pouvons donc nous borner, dans le présent paragraphe, à quelques explications complémentaires, en rappelant du reste que les observations que nous allons formuler ne peuvent avoir qu'une valeur très relative, puisque le juge de l'excès de pouvoir suit toujours ses inspirations du moment, sans s'attacher à une méthode nettement définie.

II. — Il faut relever, en premier lieu, que le contrôle juridictionnel de la moralité est limité, d'une façon sen-

(1) Cf. not. Cons. d'Et. 14 février 1925 *Albertini*

sible, par la restriction des moyens d'investigation mis à la disposition du juge.

En effet, le Conseil d'Etat, qui évite, comme nous le savons, de scruter « les reins et le cœur » des agents administratifs, ne se reconnaît pas le droit de procéder *par lui-même* à des enquêtes ou de citer les administrateurs à sa barre.

« Le détournement de pouvoir, dit Laferrière (*op. cit.*, t. II, p. 549), étant... caractérisé par l'incorrection du but... plutôt que par des prescriptions ouvertement illégales, il en résulte que la tâche du Conseil d'Etat, dans l'appréciation de ce grief, est particulièrement délicate. Juge administratif, il ne peut pas mander à sa barre les agents de l'administration active pour leur demander compte des motifs de leurs décisions, il ne peut pas non plus organiser d'enquêtes en dehors d'eux, pour scruter leurs arrière-pensées et vérifier les mobiles de leurs actes. De telles investigations, permises au supérieur hiérarchique, sont interdites au juge administratif qu'elles feraient indûment pénétrer dans l'administration active (1). »

C'est ainsi que la mise en œuvre de la procédure permettant de vérifier la régularité du but ou des motifs d'un acte administratif dépend, tout comme l'exécution de la décision de justice, en grande partie du bon vouloir de l'administration elle-même ; celle-ci ne pourrait, cependant, sans porter atteinte à son autorité morale, se soustraire à l'obligation d'assister le juge lorsqu'elle en est régulièrement requise.

Très souvent, le détournement de pouvoir et l'erreur de fait ne résultent que de l'*aveu* ou du *quasi-aveu* de l'administration (2).

Pour se former une opinion sur les affaires soumises à son examen et pour obtenir cet aveu, le Conseil d'Etat peut évidemment prendre connaissance de rapports de gendar-

(1) Cf. ENCORE APPLETON, *op. cit.*, n° 344; R. ALIBERT, *op. cit.*, p. 257 et 258.

(2) APPLETON, *loc. cit.*

merie, de rapports d'experts, de pièces écrites provenant des administrateurs eux-mêmes dont la décision est critiquée, des observations des ministres en réponse à la communication qui leur a été faite du dossier de l'affaire.

D'autre part, la conviction du juge pourra également être amenée par un examen attentif des motifs exprimés dans l'acte lui-même. Il y a certainement là une des raisons qui ont conduit la juridiction administrative à exiger, pour la régularité d'un acte devant, aux termes de la loi, être motivé, la clarté et la précision parfaite des motifs exprimés ; elles seules lui permettront, si ces motifs sont sincères, de se rendre un compte exact des circonstances dans lesquelles la décision attaquée est intervenue. Mais lorsque l'obligation de motiver n'existe pas ou lorsqu'il est allégué que les motifs exprimés ne sont qu'un mensonge, la tâche du juge devient plus difficile. Dans ces cas, il est bien obligé d'avoir recours, pour la formation de son jugement, à un examen minutieux et détaillé des pièces diverses communiquées soit par l'administration elle-même, soit par la partie requérante.

Il convient d'ailleurs de rappeler qu'en général, le Conseil d'Etat ne s'empresse pas de rechercher immédiatement si c'est le *but illicite spécialement invoqué* par le requérant qui a été poursuivi par l'administration. Son contrôle s'exerce sur des bases beaucoup plus *objectives*.

Si l'acte attaqué, *considéré en lui-même*, présente des apparences de fondement eu égard aux circonstances dans lesquelles il est intervenu, le Conseil n'entre pas dans un examen de détail de ces circonstances et ne consent à annuler que si le but irrégulier se révèle *de lui-même* et d'une façon *très nette* à la lecture du dossier (1).

D'autre part, le juge de l'excès de pouvoir se dispense encore assez souvent de déterminer d'une manière *positive* le but *réellement* poursuivi par l'auteur de l'acte pour le

(1) Cf. not. Cons. d'Et. 8 juillet 1921 *Dadolle* (S. 25: 3. 6.); 12 décembre 1923 *Peysson, Mollaret et Bory* (S. 25.3.56.) et la jurisprudence en matière de successions.

dénoncer d'une façon expresse ; après examen des faits de la cause, il annule non pas précisément en raison de l'irrégularité invoquée dans le recours mais pour le motif, bien plus général, que l'acte est intervenu dans des conditions telles qu'il n'a pu être déterminé que par des fins autres que celles imposées par les règles de la bonne administration (1).

III. — a) En ce qui concerne spécialement les divers éléments de fait susceptibles d'être retenus comme révélant par eux-mêmes un détournement de pouvoir, il est des cas où ce vice résulte directement de la nature même de la décision attaquée ou d'une comparaison entre diverses décisions prises, soit par la même autorité, soit par des autorités différentes.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat estime qu'il y a *détournement de pouvoir* caractérisé lorsque l'administration oppose à toute une catégorie de personnes sollicitant certaines autorisations un refus *général* sans examen *particulier* de chaque cas qui s'imposait à son attention, et cela même lorsqu'il est de règle que l'autorité administrative apprécie *librement* si elle doit accorder ou refuser les autorisations demandées par les intéressés. En effet, de pareilles décisions indiquent suffisamment que le *pouvoir discrétionnaire* n'a pas été exercé dans des conditions régulières et qu'il y a eu *parti pris* de la part de l'administration.

Le Conseil d'Etat a déclaré, notamment, qu'en rejetant en bloc toutes les demandes présentées par des directeurs d'écoles privées à l'effet d'obtenir le bénéfice des dérogations au principe établi par le second paragraphe de l'article 6 de la loi du 30 octobre 1886 (qui n'admet à enseigner, à titre d'adjointes, dans les écoles de garçons, que les femmes remplissant certaines conditions), le conseil départemental avait agi dans un but autre que le bien du service, d'autant plus que ce même conseil avait accordé toutes les autorisations

(1) Cf. not. Cons. d'Et. 16 novembre 1900 *Maugras*; 25 novembre 1921 *Dame Nicoteau et autres*.

sollicitées en faveur des écoles publiques (Cons. d'Et. 18 mars 1927 *Renou, Bizet et autres*, S. 27.3.51). L'arrêt *sieur Delaigne* du 17 décembre 1924 indique, inversement, que le moyen du détournement de pouvoir ne saurait, en principe, être retenu dans les cas où l'administration oppose un refus aux demandes qui lui sont présentées, lorsque ce refus est intervenu après examen *particulier* de chacune des demandes de dérogation par le conseil départemental. En effet, dans ces cas, le *parti pris* n'est nullement établi, puisque l'examen *spécial*, auquel il a été procédé, de *chacune* des demandes, laisse supposer que la réponse négative n'a été inspirée que par des considérations d'*opportunité* rentrant essentiellement dans le *pouvoir discrétionnaire* de l'administration (cf. enc. Cons. d'Et. 7 mai 1920 *Général Guyot d'Asnières de Salins et Général Tatin*).

b) Dans d'autres cas, le *contenu* de la décision attaquée suffit à lui seul pour emporter la conviction du juge. La simple lecture de la décision administrative fait, alors, apparaître le vice de l'acte. Beaucoup de ces décisions peuvent d'ailleurs être considérées comme portant déjà atteinte aux libertés fondamentales dont jouissent les administrés. C'est le cas de toutes celles prises par les maires dans l'exercice de leur pouvoir de police, et intervenues, en réalité, pour accroître les recettes communales, pour protéger le commerce local, etc. ; nous savons que les censures infligées en pareilles occasions par le Conseil d'Etat sont extrêmement nombreuses ; il ne saurait être question d'en donner une énumération même approximative. Nous croyons, d'ailleurs, inutile d'insister plus longuement sur tous ces points, que nous avons déjà eu l'occasion de discuter dans les chapitres qui précèdent.

c) Très souvent, un simple rapprochement de faits et de dates suffit pour décider le juge à annuler pour détournement de pouvoir.

« Il est des cas, déclare M. Cahen-Salvador dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Rodière* du 18 juin 1926

« (*Rev. dr. p.*, 1926, p. 694), où, à défaut de déclarations, d'exposés de motifs ou d'aveux, la jurisprudence du Conseil d'Etat considère qu'un rapprochement de faits et de dates révèle l'intention suspecte qu'elle peut légitimement retenir. »

Un cas intéressant de détournement de pouvoir résultant de pareils rapprochements s'est présenté, notamment, dans l'arrêt *Monzat* du 19 novembre 1926 (V. ci-dessus p. 256 et s.).

d) Enfin, l'*inopportunité flagrante* d'un acte intervient également comme élément de fait de la recherche du détournement de pouvoir.

Il est évident que ce déséquilibre manifeste entre la décision prise par l'administration et les faits sur lesquels elle s'appuie doit éveiller l'attention du juge auquel l'acte juridique public est déféré à fin d'annulation et l'amener plus facilement à le soumettre à un examen approfondi en vue de la découverte du vice allégué par le requérant.

Et quoique le Conseil d'Etat s'interdise d'apprécier l'*opportunité* des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il ne peut, bien entendu, s'empêcher de faire état de ce que la décision attaquée est *mal fondée* pour examiner si la fin poursuivie par l'administrateur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire a été conforme aux règles de la bonne administration. Car, comme le remarque justement M. Bonnard (*op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1923, p. 392), « s'il n'y a pas détournement de pouvoir toutes les fois que les motifs sont inexactement appréciés, par contre, s'il y a détournement de pouvoir, les motifs auront été mal appréciés ».

IV. — Il faut remarquer, d'ailleurs, que le juge de l'excès de pouvoir considère généralement que l'annulation d'une décision est toujours chose très délicate et qu'une simple *présomption* d'irrégularité de l'acte ne suffit pas pour la justifier. En principe, le détournement de pouvoir ne se présume pas. Le juge ne se croit autorisé à annuler que

lorsque les présomptions sont « graves, précises et concordantes » (1).

Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Rodière* du 18 juin 1926, M. Cahen-Salvador déclare que le Conseil d'Etat « n'admet pas les insinuations, même plausibles », et qu'il « ne se contente pas de suppositions même vraisemblables ». « Un soupçon, une crainte, voire même une « probabilité ne remplacent pas la certitude que le juge « seul peut retenir (2). » C'est ainsi qu'on ne saurait juridiquement soutenir qu'un ministre abuse de son droit lorsque, pour satisfaire à une mesure légale de compression de personnel, il fait choix, en procédant à des licenciements, de celui « qui, pour divers motifs, lui paraît indésirable ».

Les directives de plus en plus nombreuses appliquées par le Conseil d'Etat en vue de la censure du détournement de pouvoir contribuent d'ailleurs, dans une mesure non négligeable, à fixer ce qu'il faut entendre par présomptions « graves, précises et concordantes ».

V. — En résumé, nous constatons que le problème de la moralisation de l'activité administrative ne peut être résolu d'une façon satisfaisante que si, dans une certaine mesure, la collaboration du gouvernement est acquise au juge, chargé d'exercer un pouvoir disciplinaire sur l'administration. Or, cette collaboration ne peut être obtenue que par des concessions réciproques qui impliquent, surtout, pour le juge, dans le contrôle du détournement de pouvoir, l'observation d'une extrême prudence et une retenue avisée. C'est là une des considérations dans lesquelles on peut trouver l'explication du fait que, très souvent, les solutions du Conseil d'Etat présentent un caractère tout particulier de souplesse qui les distingue nettement des solutions tranchantes de la jurisprudence judiciaire et qui leur permet, d'ailleurs, de s'adapter autant que possible aux besoins toujours changeants de la vie publique.

(1) LAFERRIÈRE, *loc. cit.*

(2) Comp. égal. concl. CORNELLE dans affaires *Berthenet* du 10 août 1917. S. 18/19. 3. 9.



Nous avons vu que ces solutions sont le résultat d'un examen tout *objectif* des éléments du procès fait à la décision exécutoire. Cette *objectivité* de la preuve du détournement de pouvoir, sur laquelle nous avons insisté plus haut (p. 415 et s.), se traduit également très bien dans le fait que le Conseil d'Etat exerce son contrôle à l'aide de *directives*, c'est-à-dire en appliquant aux cas soumis à son examen certaines règles de « politique jurisprudentielle » dans lesquelles il retient les indices certains du détournement de pouvoir. Ces règles n'ont généralement qu'un caractère empirique et leur établissement n'allait pas toujours sans peine. Car, vérifier dans chaque cas particulier si les buts administratifs ont été respectés est souvent chose bien plus délicate que de déterminer les fins précises susceptibles d'être poursuivies par l'administrateur dans l'exercice de chacune de ses attributions. Les solutions jurisprudentielles que nous avons passé en revue montrent suffisamment par quelles variations a passé la jurisprudence sur ce point. Mais peu à peu les *directives* adoptées par le Conseil d'Etat ont acquis une fixité plus ou moins prononcée selon les matières auxquelles elles s'appliquent.

C'est ainsi, par exemple, que le juge de l'excès de pouvoir considère qu'une interdiction particulière de sortie portée par le maire sans motif spécial contre une société musicale est irrégulière, parce qu'une mesure de ce genre renferme en elle tous les indices du détournement de pouvoir (cf. ci-dessus p. 174). C'est ainsi, encore, qu'il admet que la *police des cultes* n'est pas une police de la circulation et que, dans les cas où le maire interdit les processions sous prétexte qu'elles portent atteinte à la liberté de la circulation, il y a généralement détournement de pouvoir. Et cette fameuse conception des manifestations *traditionnelles* dont le Conseil d'Etat fait si souvent usage pour brider les élans par trop maladroits de certains administrateurs locaux, n'a-t-elle pas ses origines dans la préoccupation du juge administratif de pourchasser le détournement de pouvoir partout où il se trouve, sur des bases aussi *objectives* que

possibles ? Sur tous ces points nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer à l'exposé que nous avons donné des solutions jurisprudentielles.

A ceux qui, par ailleurs, seraient tentés de reprocher au Conseil d'Etat la trop grande souplesse de ses décisions, on peut répondre que, sauf quelques défaillances toujours regrettables, le haut tribunal administratif a déjà donné tant de preuves de son indépendance et de la sûreté de son jugement dans l'exercice de sa « politique jurisprudentielle » qu'il y a mauvaise grâce à lui faire grief d'une liberté d'évolution qui dérouté parfois les recherches de ceux qui s'efforcent de faire la synthèse de cette jurisprudence.

## § 2. — Questions de terminologie

Si, pour clore nos recherches sur le problème du contrôle juridictionnel de la moralité administrative, nous jetons, maintenant, un regard sur la terminologie du Conseil d'Etat, il ne nous sera pas difficile de reconnaître que le haut tribunal administratif ne s'est jamais attaché à des termes consacrés une fois pour toutes et qu'en principe il ne semble pas avoir attribué à cette question une très grande importance.

Cela peut évidemment présenter des inconvénients sérieux pour l'examen de la question de savoir quel est le critérium précis appliqué par le juge pour la distinction du contentieux de la *légalité* proprement dite et de celui du *détournement de pouvoir* ; cela paraît renforcer également les arguments de ceux qui nient l'existence d'un contrôle de la *moralité* distinct de celui de la *légalité*.

Pour notre part, nous ne nous sommes jamais exclusivement attaché, dans notre exposé, à ces questions de forme pour déterminer l'étendue d'application de la théorie du contrôle juridictionnel de la moralité administrative ; il nous a suffi d'établir l'existence de ce contrôle sur les différences fondamentales qui le séparent *tout naturellement* du contrôle du système juridique proprement dit.

a) Dans les développements qui précèdent nous avons déjà eu l'occasion d'attirer l'attention sur certaines particularités que présente, dans cet ordre d'idées, la jurisprudence du Conseil d'Etat.

D'une façon générale, le haut tribunal administratif, dans ses arrêts, annule pour « excès de pouvoir », dénonçant par ces mots non seulement le vice de l'objet de l'acte censuré, mais encore l'irrégularité du but poursuivi par son auteur.

Les formules par lesquelles le juge relève le détournement de pouvoir sont devenues classiques : « Le maire s'est « servi des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du « 5 avril 1884 dans un but autre que celui en vue duquel « ils lui ont été conférés », « le maire n'a pu se fonder sur « des préoccupations étrangères au but en vue duquel les « pouvoirs qu'il tient de l'article... etc. lui ont été conférés « pour refuser d'examiner la demande qui lui était adressée, « qu'ainsi la décision attaquée est entachée d'excès de pou- « voir », « le conseil général a fait usage de ses pouvoirs « dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été « conférés », « il ne résulte d'aucune pièce du dossier que « l'administration ait agi dans un but autre que la sauve- « garde de l'intérêt général et le bon fonctionnement du « service », etc., voilà les formules habituelles employées par le juge pour critiquer ou approuver la conduite des agents administratifs, envisagée du point de vue de sa conformité aux règles découlant de l'idée de l'institution administrative.

Mais le Conseil d'Etat estime inutile de se prononcer dans chaque cas sur l'ouverture au recours pour excès de pouvoir dont il s'agit.

b) Néanmoins, il manifeste une tendance certaine à annuler pour *violation de la loi* proprement dite (violation de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté de conscience, etc.) lorsqu'il se trouve en présence d'une décision exécutoire dont l'objet même indique d'une façon immédiate la poursuite d'un but contraire à une des libertés

fondamentales consacrées par la loi en faveur des particuliers (1).

C'est ainsi qu'en matière de processions, le juge a pris prétexte de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 décembre 1905, garantissant, par une déclaration de principe, le libre exercice des cultes, pour insister formellement sur la méconnaissance, par l'administration, des prescriptions légales et même, dans le dernier état de la jurisprudence, pour annuler expressément pour *violation de la loi*, lorsque l'interdiction de ces manifestations peut être considérée comme portant directement atteinte à la célébration normale du culte dans une commune (2).

c) Enfin, les cas dans lesquels le Conseil d'Etat constate en termes formels qu'il y a *détournement de pouvoir* (3) sont relativement rares. En général, il ne désigne ce vice d'une façon expresse que lorsque la décision administrative attaquée par le recours relève d'une sphère d'activité où la liberté d'appréciation de l'administration est très étendue (4), lorsqu'elle présente par elle-même toutes les apparences de la régularité et que, dans ces conditions, l'atteinte à la moralité administrative ne peut être découverte que par un examen approfondi des motifs ayant déterminé l'acte attaqué (5), ou lorsque les motifs exprimés marquent une

(1) Cf. Cons. d'Et. 22 mai 1896 *Carville*; 21 décembre 1900 *Troin*, etc... (V. ci-dessus p. 169 et s.).

(2) V. not. Cons. d'Et. 6 août 1925 *Pelletier*.

(3) Il existe des arrêts où le Conseil d'Etat juxtapose les termes « excès de pouvoir » et « détournement de pouvoir », semblant ainsi vouloir séparer ces deux notions, alors, cependant, que le détournement de pouvoir n'est qu'un des aspects particuliers de l'excès de pouvoir (Cf. not. Cons. d'Et. 27 mai 1910 *Congrégation des sœurs françaises de Saint-Chinian*; 10 mai 1912 *abbé Bouteyre*).

(4) V. not. Cons. d'Et. 10 juillet 1908 *commune de Randan* et 10 mai 1911 *commune de Boujailles* (usage détourné du pouvoir de tutelle). Comp. Cons. d'Et. 19 novembre 1926 *Monzat* (nomination pour ordre).

(5) Cons. d'Et. 12 nov. 1927 *de Bellescire* D. 28.3.45. Comp. Cons. d'Et. 10 février 1926 *sieur Bête*.

*manœuvre* nettement caractérisée destinée à déjouer tout contrôle (1).

Ce point se vérifie notamment dans le domaine des pro-  
cessions *proprement dites* où le Conseil d'Etat reconnaît  
encore à l'administration des pouvoirs très étendus (2).

d) Nous avons déjà vu, d'autre part, qu'après une  
période de tâtonnements caractérisée par l'absence apparente  
de toute doctrine bien ferme, la théorie dite de l'*erreur de  
fait* est, aujourd'hui, considérée par le Conseil d'Etat  
comme une théorie d'ordre *légal*. Les décisions adminis-  
tratives entachées d'erreur de fait sont annulées soit pour  
défaut de *base légale*, soit pour inexistence de *cause juri-  
dique*.

e) On constate que toute cette matière est fortement  
nuancée et qu'il serait absolument vain d'établir, sur la  
seule base des termes employés par la jurisprudence, des  
catégories juridiques nettement délimitées. Nous voudrions  
seulement remarquer — et c'est encore là une hypothèse  
assez fragile — qu'à l'heure actuelle la séparation semble  
se faire entre, d'une part, la *violation de la loi*, considérée  
comme atteinte directe au *système légal*, et, d'autre part,  
l'*excès de pouvoir*, entendu au sens étroit de ce mot en tant  
que violation de la *discipline* propre de l'institution admi-  
nistrative (3). Néanmoins, on peut regretter que les for-  
mules employées par le Conseil d'Etat ne contiennent que  
rarement la mention du *détournement de pouvoir*, alors que  
la *violation de la loi* proprement dite est souvent invoquée.

(1) Cons. d'Et. 9 juin 1893 *Thorraud*; comp. Cons. d'Et. 4 juillet 1924  
*Beaugé*.

(2) V. not. Cons. d'Et. 10 juin 1921 *Poirier* (V. cep. Cons. d'Et. 4 dé-  
cembre 1925 *sieur Charton*); 30 décembre 1921 *Gauvain*; 15 décembre  
1922 *Gauvain*. Cependant les mots « détournement de pouvoir » se re-  
trouvent exceptionnellement dans des arrêts qui annulent des décisions  
administratives dont les termes faisaient déjà, à eux seuls, ressortir le  
vice entachant le but de l'acte: Cf. Cons. d'Et. 29 décembre 1922 *sieur  
Froment*.

(3) Cf. Cons. d'Et. 12 décembre 1923 *Peysson, Mollaret et Bory  
S. 25.3.56* (« qu'ainsi la délibération attaquée n'a violé aucune loi et  
« n'est pas entachée d'excès de pouvoir »).

Si cette attitude du juge administratif est compréhensible en ce qu'elle marque une tendance certaine à la stabilisation des situations juridiques sous l'égide de la loi, il est à craindre, cependant, que, d'un autre côté, le Conseil d'Etat ne perde de vue les idées inspiratrices de sa jurisprudence et ne se laisse inconsciemment entraîner, par la vertu même de formules trop étroites, à limiter dans l'avenir des efforts poursuivis jusqu'à ce jour, en dépit de toute cette terminologie sommaire, dans le sens d'une moralisation systématique de l'activité administrative et à dresser ainsi des obstacles au développement progressif et indéfini des idées d'équité et de discipline dans le domaine du droit public (1).

(1) Commentant un arrêt du 25 juin 1920 *Préfet de la Savoie* (S. 22.3.57) par lequel le Conseil d'Etat a annulé, pour méconnaissance « de la portée de l'article 3 de la loi du 17 juin 1913 » sur l'assistance aux femmes en couches, une décision de la commission cantonale de la Motte-Servolex qui, pour apprécier si une femme était privée de ressources, avait expressément refusé de faire état des indemnités de cherté de vie allouées à son mari, M. HAURIU fait remarquer que « si l'arrêt n'indique pas un changement de jurisprudence en ce qui concerne le caractère des commissions cantonales et l'intention du Conseil d'Etat de les traiter en juridictions, nous devons le cataloguer comme marquant une doctrine extrêmement conservatrice en ce qui concerne l'ouverture de la violation de la loi ».

En l'espèce le Conseil d'Etat a tenu à relever expressément l'erreur de droit commise par la commission cantonale qui ne s'était pas contentée de motiver sa décision en fait. L'ouverture de la violation de la loi est nettement caractérisée. Si l'on remarque, par ailleurs, que le juge administratif manifeste une tendance certaine à ne considérer les commissions cantonales que comme des organes administratifs (Cf. Cons. d'Et. 28 novembre 1923 *maire de Cherbourg* S. 25.3.57), on peut admettre que, dans l'arrêt que nous visons, le juge a statué comme juge de l'excès de pouvoir et qu'il a ainsi délimité d'une façon précise l'ouverture de la violation de la loi. Est-ce à dire que si la commission cantonale avait observé un silence prudent sur les motifs de droit ayant déterminé sa décision, et à supposer qu'une erreur de fait eût pu être relevée dans la décision, le Conseil d'Etat n'aurait certainement pas annulé pour violation de la loi? Pouvons-nous conclure des termes de l'arrêt dans lequel le Conseil précise « qu'en excluant pour un motif de droit » l'indemnité de cherté de vie allouée au mari de son appréciation, alors qu'aucun texte ne l'y autorisait, la commission a « méconnu la portée de l'article 3. de la loi du 17 juin 1913 » que le juge de l'excès de pouvoir ait voulu signifier qu'il soumettra ses formules à la revision indispensable? Les solutions jurisprudentielles intervenues depuis lors ne justifient pas encore pareil espoir.

f) Nous n'insisterons pas spécialement sur les formules employées par le Conseil d'Etat pour viser les limites assignées à l'action du juge et, notamment, le principe d'après lequel il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir d'examiner les éléments de l'acte administratif qui rentrent, par leur nature, dans le *pouvoir discrétionnaire* de l'administration.

Il est arrivé parfois que le juge ait confondu *recevabilité* et *bien-fondé* de la requête. Comme le remarque M. Michoud (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 53, avec références), « dans « certains arrêts le Conseil d'Etat déclare non fondés des « recours qui portaient sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire et qu'il aurait dû déclarer *non-recevables*. « D'autre part, il pousse parfois trop loin l'idée de *non-recevabilité* en l'appliquant à l'acte tout entier, et non « pas seulement aux griefs portés devant lui ».

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat précise nettement de quelle façon la question se pose devant lui. Appelé à statuer sur des recours formés contre des dispositions rentrant dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration, il n'oppose plus jamais une fin de non-recevoir *absolue*, il évite également d'affirmer que la requête n'est *pas fondée*, mais il déclare très correctement que les griefs dont fait état le requérant ne sont pas susceptibles d'être examinés par lui au contentieux, que le requérant « n'est *pas recevable* à discuter devant le Conseil d'Etat l'*opportunité* de la décision », ou encore qu'il ne lui appartient pas d'examiner « le *bien-fondé* des motifs » de la décision attaquée, etc. Sous ce rapport, les formules se sont précisées de telle façon qu'elles ne donnent plus lieu à aucune difficulté (1).

(1) V. not. Cons. d'Et. 5 juillet 1918 *Gérard*; 21 juillet 1922 *Bonnet*; 10 mars 1926 *sieur Cocol*. M. Michoud (*loc. cit.*) reconnaît déjà que « dans « l'immense majorité des cas, le Conseil d'Etat s'exprime très correctement en déclarant que les *motifs* ou l'*opportunité* de l'acte ne sont « pas de nature à être discutés devant la juridiction contentieuse, ou « ne sont pas susceptibles de lui être déférés, ou encore en déclarant « que le requérant *n'est pas recevable* à discuter les *motifs* ou l'*opportunité* de l'acte ou l'*usage* que l'auteur de l'acte a fait de son droit ».

## APPENDICE I

### La moralité administrative et la théorie des actes dits de gouvernement (1)

---

Nous savons dans quelle mesure les solutions jurisprudentielles intervenues sur recours pour excès de pouvoir, de même que dans le domaine du contentieux ordinaire, peuvent être considérées, d'une façon plus ou moins directe, comme des cas d'application du contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*. Pour nous rendre un compte exact des tenants et aboutissants de la théorie de ce contrôle, il convient, dans un aperçu sommaire et en négligeant les détails qui n'intéressent pas notre sujet, de préciser l'évolution et le sens d'une thèse par laquelle l'autorité juridictionnelle a consacré l'*intangibilité absolue* de certains actes accomplis par le gouvernement ou par ses agents directs. C'est que si les actes discrétionnaires ont disparu, il existe encore aujourd'hui une certaine catégorie d'actes qualifiés communément d'*actes de gouvernement* que le juge s'interdit d'une manière absolue d'assujettir à son contrôle.

(1) Bibliographie: LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 32 et s.; M. HAURIUO, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 395 et s.; H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 111 et s.; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 685 et s.; JÈZE, *Théorie classique des actes de gouvernement*, *Rev. dr. p.*, 1924, p. 573 et s.; A. BOSCH, *Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre*, *Rev. dr. p.*, 1926, p. 186 et s.; ALIBERT, *op. cit.*, p. 70 et s.; P. DUEZ *op. cit.*, p. 113 et s.; cf. enc. L. MICHOU, *Les actes de gouvernement*, 1889; BRÉMOND, *Des actes de gouvernement*, *Rev. dr. p.* 1896, t. I., p. 60 et s.; L. TROTABAS, *Les actes de gouvernement en matière diplomatique*, *Rev. crit.*, juin 1925.



§ 1<sup>er</sup>. — *L'acte de gouvernement*

On peut se demander pourquoi les actes dits de gouvernement ne suivent pas le sort commun de tous les actes administratifs, susceptibles de donner prise au contrôle du juge ; n'est-ce pas là une atteinte grave au principe de légalité et encore bien plus une contradiction manifeste aux règles de la *moralité administrative* ? Quelles sont les causes profondes de cette théorie et en quoi, surtout, pouvait-elle, du moins dans son premier état, être considérée comme en opposition directe avec la conception même de la *moralité administrative* ? Autant de questions dont la solution nous permettra d'apprécier cette théorie à sa juste valeur et de constater les progrès faits, à ce sujet, dans la voie de la réalisation de l'idée de la bonne administration.

Tout d'abord, il apparaît que la justification de la théorie peut être naturellement trouvée dans la préoccupation du juge administratif de ne pas enfermer l'activité administrative dans des limites trop étroites, mais d'abandonner à l'administration active l'appréciation souveraine de certaines questions afin de poursuivre, d'autant plus librement, le développement du contrôle contentieux, sous toutes ses formes, portant sur les autres manifestations de l'activité administrative.

« Ce qui a créé la théorie des actes de gouvernement, dit « M. Hauriou (*op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 400), c'est le besoin « d'élever une barrière devant la juridiction administrative « depuis qu'elle est devenue une justice déléguée. Cette « barrière a été placée dans la distinction de ce qui est *gou-* « *vernement* et de ce qui est *administration*. Moyennant « cette garantie d'indépendance bien modeste, le gouverne- « ment a laissé au Conseil d'Etat pleine liberté pour faire « pénétrer les recours et, avec eux, la régularité dans toute « l'administration... La théorie des actes de gouvernement « est le résultat d'un compromis avantageux, qui donne « au contentieux administratif, et par là au droit public, « un vaste champ de développement. »

On ne peut, ensuite, se dissimuler, quoi qu'on ait dit, que certains actes présentent réellement quelques particularités de fait qui leur assignent une place à part dans l'ensemble des actes accomplis par le pouvoir exécutif.

Pour leur détermination, il importe, tout d'abord, d'écartier comme absolument inadmissible la conception qui, s'attachant exclusivement à la forme des actes, voit des actes de gouvernement dans toutes les décisions de l'autorité publique délibérées en conseil des ministres, dans les actes approuvés par un vote des Chambres, etc., théorie peu sérieuse à laquelle nous pouvons nous dispenser de nous arrêter (cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 396).

Cette élimination faite, nous estimons qu'il y a des actes de gouvernement qui se distinguent, en fait, des actes administratifs ordinaires en ce qu'ils concernent le règlement des *grands intérêts nationaux* et qu'ils ne sont pas accomplis pour assurer *directement* la satisfaction des *besoins courants* du public. Ces actes concernent généralement l'organisation de l'Etat et l'aménagement de la chose publique considérée en elle-même (1).

On a contesté la légitimité de cette conception, fondée, cependant, sur l'observation des faits, en soutenant que les prétendus actes de gouvernement ne se distingueraient en rien des actes administratifs ordinaires et qu'ils devraient, par conséquent, en tous points, suivre, à quelques exceptions près, le sort de ces derniers.

Si, en la forme, il n'y a certainement aucune différence marquée entre les deux catégories d'actes, s'ils émanent des mêmes organes et qu'apparemment il n'existe pas de fonction gouvernementale indépendante de la fonction administrative, il faut, néanmoins, reconnaître que lorsqu'on s'attache à l'objet *concret* et *précis* des divers actes accomplis par le pouvoir exécutif, on ne peut que constater une différence certaine entre les deux groupes d'actes. La convocation et l'ajournement des Chambres, la conclusion

(1) Cf. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 396 et 397 et les références.

d'un traité international, les décrets établissant l'état de siège sont, cependant, autre chose que des mesures prises à l'effet d'assurer, d'une façon immédiate, le fonctionnement régulier des services publics pour subvenir aux besoins quotidiens du public (1).

Il est donc inexact de dire, comme le fait M. Jèze, que les motifs sur lesquels est basé le régime des actes du gouvernement sont *uniquement* des motifs d'*opportunité politique*.

M. Jèze accepte la catégorie des actes de gouvernement comme un pur fait qu'il ne servirait à rien de nier. Aussi ne se donne-t-il pas la peine d'expliquer l'existence de la théorie qu'il considère, d'ailleurs, comme contraire à l'esprit général de notre droit positif.

Il n'y a pas lieu non plus de substituer à la catégorie des actes de gouvernement celle des *actes politiques*, ainsi que le veut M. Duguit.

Le regretté doyen de la Faculté de droit de Bordeaux, qui élimine de sa définition de l'acte juridique public tout élément technique, n'a, évidemment, pu voir dans l'acte que nous qualifions d'acte de gouvernement une manifestation de l'activité administrative qui se différencierait *par sa nature* des autres expressions de cette activité qui revêtent un caractère spécifiquement administratif. Et, cependant, M. Duguit veut bien concéder que, s'il n'existe pas d'actes de gouvernement proprement dits, il y a une catégorie

(1) M. TEISSIER (*La responsabilité de la puissance publique*, p. 42, n° 43). — cité et critiqué par M. JÈZE dans son étude sur les actes de gouvernement (*op. cit.*) — qui prend, d'ailleurs, son point de départ dans une distinction un peu trop formaliste, s'exprime ainsi : « Le pouvoir exécutif est investi d'une mission double: il *gouverne* et il *administre*. « Gouverner .. c'est exclusivement ... veiller au fonctionnement des « pouvoirs publics dans les conditions prévues par la Constitution et « assurer, comme il est dit à l'article 8 de la loi constitutionnelle du « 16 juillet 1875, les rapports de l'Etat français avec les puissances « étrangères. Administrer, c'est assurer l'application journalière des « lois, veiller aux rapports des citoyens avec la puissance publique et « des diverses administrations entre elles. Le pouvoir exécutif ac- « complit sa mission gouvernementale sous le contrôle exclusif du « Parlement composé des représentants de la nation. Les actes gou- « vernementaux échappent, par conséquent, à toute censure judiciaire ».

d'actes qui, en raison de leur forme — parce qu'ils émanent du gouvernement agissant en tant qu'*organe politique* — peuvent être considérés comme des *actes politiques*, de nature à être soustraits à l'action du contentieux (*op. cit.*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., p. 245 et s. ; 3<sup>e</sup> éd., p. 306 et s.). C'est revenir, en somme, par un détour, à la conception des actes de gouvernement, établis sur une base purement formelle. Il estime, en ce qui concerne ces actes, que leur nature interne ne s'oppose nullement à l'application du contrôle de l'*excès de pouvoir*. « Mais le droit moderne en général, dit-il, et « le droit français en particulier ne sont pas encore arrivés « à reconnaître la recevabilité des recours contentieux contre les actes émanant d'un organe politique, que ce soient « ceux du gouvernement ou ceux du parlement » (*op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., t. III, p. 685) (1).

Si l'on admet le fait et la légitimité de l'existence des

(1) M. MICHOU, résumant ce qu'il avait déjà dit en 1889, déclare dans son étude sur le *pouvoir discrétionnaire* de l'administration (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 54) : « Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire « des actes de gouvernement une *catégorie à part*, qu'en principe ceux « que l'on qualifie ainsi sont simplement des *actes administratifs* dans « lesquels l'administration a d'ordinaire un pouvoir discrétionnaire très « étendu, mais qu'il n'y a pas de raison de les soustraire en théorie au « recours pour *incompétence*, *vice de forme* et *détournement de pouvoir*. Si quelques-uns d'entre eux échappent en fait à la compétence « du Conseil d'Etat, c'est pour des motifs divers qu'il n'y a pas lieu « de classer sous une rubrique spéciale » [V. pour la critique de cette théorie M. HAURIOU, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 435 note (1)].

Nous ne discutons pas ici la question de savoir si l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 reconnaissant aux ministres le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées devant le Conseil d'Etat « et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif » visent spécialement les actes de gouvernement. Ce texte n'étant que la reproduction de l'article 47 de la loi de 1872, il semble qu'il ait été porté par inadvertance et qu'il doive rester sans application pour la distinction qui nous intéresse (V. en ce sens L. DUGUR, *op. cit.*, t. III, p. 690). Du reste, il paraît parfaitement inutile d'aller chercher le fondement de la théorie dans un texte législatif, le principe de son existence étant — ce semble — suffisamment justifié par la nature même des choses (M. MICHOU, *op. cit.*, *Ann. Gren.* 1914, p. 54 et s., estime que l'article 26 de la loi de 1872 doit être interprété en ce sens qu'il constituerait une protection du *pouvoir discrétionnaire* appartenant à l'administration).

actes de gouvernement, il s'agit de savoir de quelle façon ces actes seront déterminés. Or, c'est ici qu'apparaissent toutes les difficultés du problème. C'est qu'il ne suffit pas de dire, pour arriver à un résultat pratique, que doivent être considérés comme actes de gouvernement tous les actes qui touchent de près à la souveraineté de l'État, les actes mettant en œuvre la fonction proprement gouvernementale; il est toujours difficile d'établir, *a priori*, sur la base de définitions aussi vagues, une discrimination bien nette entre les deux catégories d'actes, parce qu'en dépit de la justification de principe donnée ci-dessus, il reste que la parenté entre les actes administratifs et les actes de gouvernement est évidemment très étroite.

On peut concéder, en effet, aux théories contraires à celle que nous soutenons que la différence de nature entre les deux catégories, *quoique réelle*, n'est pas très accentuée, les deux sortes d'actes tendant également à donner satisfaction à des besoins généraux, et le critérium indiqué plus haut ne pouvant, par conséquent, être appliqué pratiquement qu'après un examen attentif des faits. La discrimination aura, nous tenons à insister sur ce point, bien plus un caractère empirique qu'un caractère proprement juridique.

Dans ces conditions, il ne paraît pas étonnant que la doctrine du juge administratif, chargé de dresser, sous l'autorité du Tribunal des conflits, la liste des actes de gouvernement, n'ait pas toujours présenté une netteté parfaite et que l'énumération qui nous est donnée aujourd'hui par la jurisprudence n'ait pu être acquise qu'après une période de tâtonnements et une évolution lente, que nous sommes d'ailleurs en droit de considérer comme n'étant pas encore définitivement close.

Remarquons, au surplus, que le juge s'est efforcé de réduire le nombre de ces actes au fur et à mesure que les idées de moralité se précisèrent, en imposant, dans cette matière, les limites nécessaires dans l'intérêt d'une bonne administration.

Nous rappelons que ce qui caractérise l'acte de gouverne-

ment, c'est que sa nature particulière s'oppose, dans l'état actuel de notre droit, à la recevabilité de tout recours contentieux dirigé contre lui. Sur ce point, l'acte de gouvernement se distingue des actes administratifs auxquels on attribuait autrefois le caractère d'*actes discrétionnaires*. Pour ces derniers, la recevabilité du recours n'était pas toujours exclue; ils pouvaient être critiqués pour vice de forme et incompétence. Pour ce qui regarde les actes de gouvernement, la question du contrôle contentieux ne peut se poser dans aucun cas et sous aucun prétexte. Ils sont soustraits aussi bien au contentieux de l'annulation qu'à celui de la réparation pécuniaire (1). Ils présentent donc en quelque sorte le caractère d'*actes arbitraires*, en ce sens qu'aucun moyen efficace n'est donné aux intéressés pour les faire annuler pour excès de pouvoir ou se prémunir contre leurs conséquences dommageables. En cette matière, le gouvernement possède un pouvoir des plus absolus, tempéré seulement par le contrôle parlementaire. Par suite, ce pouvoir pouvait devenir très dangereux pour les intérêts des particuliers, si, tenant compte des exigences de la justice et des circonstances de fait, le juge ne s'était pas efforcé de rendre la théorie acceptable par une conception de plus en plus réfléchie du caractère distinctif de l'acte de gouvernement et par une limitation toujours plus étroite du nombre des décisions exécutoires soustraites à son appréciation.

## § 2. — *Théorie du mobile politique*

Il est regrettable que, jusqu'à la fin du siècle dernier, sous l'influence des idées politiques de l'époque, le Conseil d'Etat n'ait pas su imposer une théorie restrictive de l'action gouvernementale soustraite à la prise du juge. La jurisprudence de cette époque, en matière d'actes de gouvernement, consacrait nettement l'*immoralité* administrative la plus flagrante.

(1) Cons. d'Et. 18 décembre 1891 *Vandelet et Faraud*, S. 93.3.129; 3 mars 1905 *Mante*; 2 juin 1922 *de Poorter*.

Sous la pression politique et alors qu'il ne jouissait encore d'aucun pouvoir propre, le haut tribunal administratif avait admis, en effet, comme critérium de l'acte de gouvernement, la théorie étrange du *mobile politique* qui enlevait à son examen un grand nombre d'actes qui, par leur nature intrinsèque, ne se distinguaient en rien des actes administratifs ordinaires. De ce fait, tout acte administratif inspiré par des motifs de haute police prenait le caractère d'acte de gouvernement. C'était le régime de la *raison d'Etat*.

On peut croire que c'est cette théorie qu'avait surtout en vue M. Vivien lorsqu'il déclara, au cours des débats ayant précédé le vote de la loi du 3 mai 1849, qu' « il est... des « droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours « par voie contentieuse » et que « dans un gouvernement « représentatif, sous le principe de la responsabilité, il est « des circonstances où, en vue d'une grande nécessité « publique, les ministres prennent des mesures qui blessent « des droits privés » et dont ils ne sauraient répondre que devant le pouvoir politique, parce que le contrôle contentieux serait de nature à paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et à créer dans l'Etat un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. « Ce qui fait « l'acte de gouvernement, disait, d'autre part, Dufour à « cette époque, c'est le *but* que se propose son auteur. L'acte « qui a pour but de défendre la société prise en elle-même « ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis « intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou « à venir, voilà l'acte de gouvernement (1). »

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'exposer cette théorie du *but*, caractérisé par le *mobile politique*, dans plusieurs arrêts.

Dans une affaire de cession du droit aux arrérages d'une rente concédée par Napoléon à la princesse Borghèse, il opposa à la réclamation du banquier cessionnaire l'argument *politique*, écartant le recours, sous prétexte « que la réclamation... tenait à une *question politique*, dont la décision

(1) *Traité de Droit administratif appliqué*, 1856, t. V, p. 128.

« appartient exclusivement au gouvernement » (Cons. d'Et. 1<sup>er</sup> mai 1822 *Laffite*).

En 1838, à propos de réclamations élevées par des membres de la famille Bonaparte en vertu du traité de Fontainebleau du 11 avril 1814, le Conseil d'Etat opposa également une fin de non-recevoir en déclarant « que les questions que « présentaient à résoudre les requêtes se rattachaient, soit « à des traités et conventions diplomatiques, soit à des actes « de gouvernement *ayant un caractère essentiellement poli-* « *tique*, dont l'interprétation et l'exécution ne pouvaient lui « être déferées par la voie contentieuse » (Cons. d'Et. 5 décembre 1838 *duchesse de Saint-Leu* S. 39.2.552).

Par arrêt du 18 juin 1852 *Famille d'Orléans* (S. 52.3.307), le Conseil décide que « c'est au gouvernement, à l'exclusion « des tribunaux, qu'il appartient d'apprécier et de connaître « de l'exécution des décrets ou actes du gouvernement ayant « le caractère de mesures de haute administration, alors « même que l'on prétendrait que ces actes portent atteinte « à des droits de propriété privés; que dans cette catégorie « rentre le décret du 22 juin 1852 qui ordonne la restitution « au domaine de l'Etat des biens faisant l'objet de la dona- « tion du 7 août 1830 par le roi Louis-Philippe à ses « enfants ».

Une affaire souvent citée est celle dans laquelle le Conseil d'Etat fut appelé à statuer sur la régularité d'une saisie administrative d'un livre publié par le duc d'Aumale, saisie motivée par la raison d'Etat. Par décision du 9 mai 1867 *duc d'Aumale et Lévy* (S. 67.2.124 avec les conclusions de M. Aucoc), le Conseil, considérant, à titre subsidiaire, « que la mesure par laquelle le préfet de police avait pres- « crit... la saisie des exemplaires et la décision du ministre « de l'Intérieur... qui avait confirmé cette mesure, étaient « des *actes politiques* qui ne sont pas de nature à être déferés « au juge, pour excès de pouvoir, par la voie contentieuse », opposa au recours formé par les intéressés une fin de non-recevoir, alors, d'ailleurs, que les tribunaux judiciaires



avaient déjà admis, dans cette affaire, le déclinaire de compétence proposé par le gouvernement (1) (2).

### § 3. — Solutions actuelles

La chute de l'Empire et l'avènement de la troisième République amenèrent le Conseil d'Etat, dégagé dorénavant de toute pression inopportune et jouissant d'un pouvoir propre, à modifier sa jurisprudence et à renoncer à la théorie, admise jusqu'ici, qui attribuait à tout acte déterminé par la raison d'Etat le caractère d'une mesure gouvernementale soustraite au contrôle contentieux.

Nous avons déjà eu l'occasion de constater dans nos développements antérieurs qu'après 1870 le contrôle du *détournement de pouvoir* se trouvait déjà en pleine évolution, que, par conséquent, l'idée de la *moralité administrative* s'était déjà puissamment affirmée. On ne dut pas manquer de s'apercevoir qu'il y eut à ce moment un certain déséquilibre entre la jurisprudence libérale en matière de recours pour excès de pouvoir et les solutions couramment admises en ce qui concerne les actes de gouvernement. Sur ce dernier point, et pour être logique avec lui-même, le Conseil d'Etat ne put donc persister à maintenir ses anciennes conceptions. Par une série d'arrêts (V. not. Cons. d'Et. 19 février 1875 *prince Napoléon* (3) ; Conf. 5 novembre 1880 *Bouffier* S. 81.

(1) Trib. civ. Seine 20 mai 1863; Paris 16 juillet 1864; Cass.-req. 15 novembre 1865 *Duc d'Aumale et Michel Lévy c. Préfet de police* D. 66.1.49, et la note de M. THIERCELIN.

(2) Cf., d'ailleurs, pour tous ces arrêts et pour plus de détails G. JÈZE, *Mot. dét.*, *Rev. dr. p.*, 1922, p. 425 et s.

(3) Dans cette affaire, le ministre avait essayé de faire écarter le recours en s'appuyant sur la théorie de l'acte de gouvernement fondée sur des considérations tirées de la *forme* de l'acte ainsi que sur la doctrine du *mobile politique*. Il faisait valoir que la mesure dont se plaignait le requérant avait été prise en conseil des ministres. Il estimait « qu'à raison de la forme et des circonstances dans lesquelles elle « était intervenue », la mesure incriminée n'était pas susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, la radiation du prince Napoléon des cadres de l'armée ayant été dictée « par de hautes consi-

3.81 ; Cons. d'Et. 20 mai 1887 *prince d'Orléans et duc d'Aumale*) (1), le juge abandonna définitivement la théorie du *mobile politique*, malgré l'opposition qu'on tenta encore de faire au revirement qui s'imposait (2).

La formule définitive rejetant la théorie du *mobile politique* et consacrant nettement les progrès de l'idée de moralité en cette matière a été donnée par le Tribunal des conflits en 1889 dans une affaire de saisies ordonnées illégalement dans un but politique :

« Considérant, dit le tribunal, qu'en admettant que les  
 « instructions verbales invoquées par le préfet de police  
 « eussent été données pour l'application de la loi du  
 « 29 juillet 1881 sur la presse ou de celle du 22 juin 1888,  
 « relative aux membres des familles ayant régné en  
 « France, elles ne sauraient imprimer au mandat et à la  
 « saisie des 5 et 6 juillet 1888 le caractère d'actes adminis-  
 « tratifs ou de gouvernement, qu'en effet, la saisie ne  
 « change pas de nature par le fait qu'elle est ordonnée par  
 « le ministre de l'Intérieur dans un *but politique* et que la

dérations politiques ». Le Conseil d'Etat refusa de se rallier à cette argumentation périmée; il ne rejeta le recours qu'après examen au fond.

(1) Le Conseil d'Etat constate que les décisions du ministre de la guerre ayant rayé les requérants des contrôles de l'armée n'étaient pas des actes de gouvernement, mais des actes accomplis par le ministre « dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui appartiennent aux « ministres pour assurer l'exécution des lois au regard de leurs subor- « donnés », qu'elles constituaient ainsi « des actes administratifs suscep- « tibles de lui être déférés ». Il est à remarquer que, dans ses conclusions précédant l'arrêt, M. MARGUERIE, commissaire du gouvernement, tout en déclarant que « la *pensée politique* qui a déterminé un repré- « sentant de la puissance publique à accomplir un acte déterminé, ne « lui enlève pas nécessairement le caractère administratif si cet acte, « par sa nature, est un acte d'administration », défendit une thèse assez singulière et, d'ailleurs, quelque peu obscure qui aboutissait, en somme, à cette conclusion inadmissible que sont à considérer comme actes de gouvernement, soustraits à tout recours contentieux, notamment les actes accomplis par le gouvernement dans un *but de souveraineté*. C'est là une théorie qui ressemble encore étrangement à l'ancien argument du *mobile politique*. Le Conseil d'Etat refusa, bien entendu, de se rallier à cette manière de voir.

(2) Cf. les conclusions de M. RONJAT, commissaire du gouvernement, dans l'affaire Confl. 4 novembre 1880 *Marquigny* S. 81.3.81.

« mesure a été approuvée par les Chambres... » (Confl. 25 mars 1889 *Dufeuille* S. 91.3.32) (1).

Par la suite, les commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits n'ont jamais laissé échapper l'occasion qui s'offrait à eux à plusieurs reprises d'affirmer et de constater l'abandon définitif de l'ancienne théorie qui plaçait le critérium de l'acte de gouvernement dans le but politique et de haute police librement poursuivi par l'auteur de l'acte, théorie essentiellement contraire à la moralité administrative (2).

Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Couitéas*, du 30 novembre 1923, le commissaire du gouvernement, M. Rivet, relève en termes formels l'abandon de cette théorie funeste au plus haut degré. Il fait remarquer très justement que si cette affaire, où il s'agissait de la non-exécution d'un jugement rendu par un tribunal en Tunisie pour des motifs de *légitime défense* de l'Etat (v. ci-dessus p. 402), s'était présentée il y a quelque 60 ans, « sans doute, le ministre « compétent de l'époque ne lui eût-il pas donné la réponse « que le président du Conseil de 1912 a si nettement formu-

(1) V. encore, en ce sens, Confl. 25 mars 1889 *Usannaz-Joris*. Dans cette affaire, M. MARGUERIE, commissaire du gouvernement, concluait au dessaisissement de l'autorité judiciaire en vertu de la théorie de l'acte de gouvernement. « Nous croyons, dit-il, que les instructions du « ministre de l'Intérieur permettent de qualifier les actes incriminés de « mesures de haute police et de gouvernement, qui, à raison de leur « caractère, échappent au contrôle de l'autorité judiciaire ». Cf. aussi Cons. d'Et. 2 avril 1886 *Fontenau* (S. 88.3.3) ; Confl. 15 février 1890 *Vincent* (S. 92.3.71) (lacération d'affiches apposées pour recommander un candidat aux élections au conseil général).

[Dans les arrêts du 1<sup>er</sup> février 1889 *Sailhol, Gléna* (S. 91.3.8), le Conseil d'Etat écarta la théorie de l'acte de gouvernement, tout en déclarant dans l'un de ces arrêts, à l'occasion d'un recours formé par un curé contre une décision ministérielle ayant suspendu son traitement, « que « les décisions prises dans l'exercice de ce pouvoir de haute discipline « par le ministre chargé du service et de la police des cultes ne sont « pas susceptibles d'être discutées devant le Conseil d'Etat par la voie « contentieuse ». - Le ministre s'était opposé à la recevabilité des recours sous prétexte que les décisions attaquées avaient été prises dans l'exercice du droit de haute police appartenant au gouvernement.]

(2) V. JÈZE, *Mot. dét.*, p. 434 en note.

« lée. C'était alors le moment où une jurisprudence, avant  
 « tout soucieuse de n'apporter nulle entrave à l'action de  
 « l'Exécutif, classait les actes d'après les *mobiles* qui les  
 « avaient inspirés, et refusait le contrôle du juge à tout acte  
 « que son caractère quelque peu politique ou, comme on  
 « disait alors, de *haute police*, avait transformé d'acte admi-  
 « nistratif en acte de gouvernement ». Et M. Rivet de cons-  
 « tater que, depuis le second Empire, la ligne des arrêts du  
 « Conseil d'Etat s'est nettement modifiée ». Il déclare que la  
 décision portant refus de faire exécuter un jugement rendu  
 par un tribunal français en Tunisie au bénéfice d'un Français  
 ne saurait être considérée « comme étant, par sa nature,  
 « d'essence gouvernementale », « la *nature intrinsèque* de  
 « l'acte étant devenue le critérium *unique* de la distinc-  
 « tion des actes *administratifs* et des actes de gouverne-  
 « ment ». Il est vrai, dit-il, qu'une telle décision apparaît  
 « inspirée par des préoccupations supérieures, qui l'appa-  
 « rentent, en quelque sorte, à certaines manifestations de  
 « souveraineté ». Mais c'est là question de « mobiles » et  
 le critérium « mobile » est aujourd'hui abandonné par la  
 jurisprudence (cf. égal. les concl. de M. Rivet dans l'aff.  
*Cotte* du 31 octobre 1924 ; destruction d'affiches suspectes  
 par ordre du gouvernement au début de la guerre,  
*Rev. dr. p.*, 1924, p. 597).

A l'heure actuelle, il n'y a d'actes de gouvernement  
 reconnus comme tels que ceux figurant dans la liste dres-  
 sée sous l'autorité du Tribunal des conflits.

Parmi ces actes, on relève, notamment, ceux ayant trait  
 aux rapports du gouvernement avec les Chambres, les actes  
 se rattachant directement au fonctionnement des organes  
 constitutionnels, les décrets établissant l'état de siège, les  
 décrets de grâce, les actes diplomatiques et conventions  
 internationales et tout ce qui participe du caractère de ces  
 actes, les actes se rattachant à la conduite de la guerre, les  
 annexions de territoires.

M. Rivet, dans ses conclusions mentionnées ci-dessus,  
 cite comme actes de gouvernement les actes « destinés à

« assurer le fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics par la collaboration du gouvernement et du parlement », d'autre part, les « actes concernant, soit, pendant les dernières hostilités, la conduite de la guerre, soit, en tout temps, les rapports de l'Etat français avec les les Etats étrangers ».

En examinant ces actes de plus près, on comprendra facilement qu'il serait inopportun, sinon impossible, de les soumettre à l'appréciation du juge, dont les moyens d'investigation sont nécessairement limités et qui, de ce fait, n'est pas à même de se rendre compte de toutes les exigences de la situation. Cette remarque ne s'applique qu'à la recevabilité du recours en *annulation*. Car, en ce qui concerne l'allocation pécuniaire pour préjudice subi comme conséquence d'un acte de gouvernement, la question ne se présente pas de la même manière. On ne voit pas pourquoi le Conseil d'Etat ne se déciderait pas à allouer une compensation pécuniaire chaque fois que l'*équité* l'exige et que le droit à indemnité pourrait être reconnu sans que le juge fût obligé d'examiner, au préalable, d'une manière spéciale, les éléments mêmes de l'acte.

En tout cas, abstraction faite, même, de la question de savoir si un contrôle contentieux de ces actes est désirable ou non, leur nature intrinsèque les place bien en dehors des actes administratifs ordinaires.

Remarquons, cependant, quoique ce point ne présente plus le même intérêt du point de vue particulier de notre étude, que les difficultés de précision inhérentes à la matière ont amené le Conseil d'Etat et plus spécialement le Tribunal des conflits à donner des solutions qui dépassent souvent de beaucoup les exigences de la théorie. Pour attribuer à un acte émané de l'autorité publique le caractère d'acte de gouvernement, il ne suffit pas, en effet, de constater qu'en apparence, il se rattache d'une façon plus ou moins directe aux diverses fonctions gouvernementales. Avant tout, il s'agit de vérifier si, vraiment, le caractère concret et particulier de l'acte justifie, *en lui-même*, son classement parmi les

actes de gouvernement, tels qu'ils sont définis par les directives générales de la jurisprudence. C'est ce que le Conseil d'Etat a souvent négligé de faire lorsqu'il a attribué, à plusieurs reprises, le caractère d'acte du gouvernement à des mesures administratives qui, ne présentant que des ressemblances assez lâches avec celles qui doivent être considérées, *a priori*, comme des actes de gouvernement, ne sortaient pas, *par elles-mêmes*, du cadre des actes administratifs ordinaires (1).

(1) Nous n'avons pas à insister sur ces détails. Nous renvoyons, sur ce point, aux études spéciales déjà citées.

Parmi les arrêts ayant fait une application trop large de la théorie, nous pouvons citer comme exemples les arrêts du Conseil d'Etat *Ravero* du 5 août 1904 (refus de remboursement, après l'annexion de Madagascar à la France, d'un prêt fait au gouvernement malgache) et *Bachatori* du 12 février 1904 (révocation par le consul général et le ministre des affaires étrangères d'une protection accordée à un particulier par l'autorité royale); 1<sup>er</sup> juin 1923 *Comp. des forges et aciéries électriques Paul Girod* (difficultés soulevées à l'occasion de l'interdiction de certains paiements faite à la Banque de France à la suite de la révolution russe).

Une décision qui a été beaucoup critiquée (cf. not DUCUIT, *op. cit.*, t. III, p. 694 et s.) est l'arrêt *du Graty* du 4 janvier 1918 par lequel le Conseil d'Etat a opposé une fin de non-recevoir au recours d'un sujet belge qui, au cours des hostilités, avait été interné dans un dépôt spécial. On a pu prétendre, à juste titre, qu'en l'espèce le juge avait fait fausse route; car l'acte ordonnant l'internement d'un sujet allié pendant la guerre ne constitue nullement un acte de gouvernement qui se rattacherait à la conduite même de la guerre. C'est une décision administrative *ordinaire* qui ne saurait échapper au contentieux. Pour éviter l'annulation, le juge aurait facilement pu appliquer ici une autre théorie, moins dangereuse, à savoir celle des *pouvoirs de guerre*.

Remarquons encore, pour caractériser l'attitude de la jurisprudence administrative, que le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ont su résister aux tentatives du gouvernement qui, sous prétexte de considérations d'ordre diplomatique, cherchait à soustraire au contentieux certains actes notoirement dépourvus de tout caractère proprement gouvernemental.

Dans l'arrêt *Rouzier* (S. 11.3.105) rendu par le Tribunal des conflits le 25 mai 1911, il est reconnu, par exemple, que le refus opposé par un agent diplomatique français, de célébrer un mariage à l'étranger pour des raisons d'ordre diplomatique, ne saurait être considéré comme un acte de gouvernement. « Ce ne sont point, déclare M. CHARDENET dans « ses conclusions ayant précédé cet arrêt, les *motifs* de la décision d'un « fonctionnaire qui impriment à un acte son caractère essentiel; ce ca-

#### § 4. — *Attitude de la jurisprudence judiciaire*

En ce qui concerne l'attitude de la Cour de cassation et des tribunaux judiciaires en général à l'égard de la théorie des actes dits de gouvernement, nous pouvons nous borner à quelques remarques très brèves.

Il est évident que le juge ordinaire, toujours préoccupé de ménager le plus possible les prérogatives de l'administration et évitant scrupuleusement toute intervention qui pourrait être considérée comme une intrusion injustifiée dans l'activité administrative et gouvernementale, ne pouvait être que très favorable à une application très large de la théorie des actes de gouvernement.

Encore en 1873, le tribunal de la Seine, par jugement en date du 19 février 1873 *prince Jérôme Napoléon S. 76. 2.300*, déclare que l'arrêté du ministre de l'Intérieur aux termes duquel le prince Napoléon devait être immédiatement reconduit à la frontière, arrêté pris par ordre du Président de la République, le conseil des ministres entendu, et *motivé* sur ce que la présence du prince en France pourrait devenir une occasion de troubles, constitue « un acte « *gouvernemental*, accompli par le pouvoir exécutif dans « l'exercice de la puissance publique » et que, de ce fait, il devait échapper à la connaissance et à l'appréciation de l'autorité judiciaire. Et la Cour d'appel de Paris, par arrêt

« ractère résulte de la nature même de l'acte, de son objet... le motif « *d'ordre diplomatique*, donné pour refuser de célébrer un mariage à « l'étranger, ne peut point faire que le refus n'ait pas été opposé par « l'agent diplomatique agissant dans l'exercice de ses fonctions d'offi- « cier de l'état-civil... pas plus que le *but* essentiellement *politique*, « poursuivi lors des saisies de brochures du comte de Paris, n'avait « enlevé à l'acte des préfets le caractère d'un acte accompli par eux « dans l'exercice de leurs attributions de police judiciaire, et n'avait « fait échec au principe que l'autorité judiciaire était seule compétente « pour apprécier la responsabilité des préfets à raison d'actes accom- « plis par eux en qualité d'officier de police judiciaire ». La cause est donc, aujourd'hui, entendue; ce n'est plus au *but* qu'on reconnaît les actes de gouvernement, mais uniquement à l'*objet* poursuivi par l'autorité publique.

du 29 janvier 1876 S. 76.2.297, adoptant les motifs des premiers juges, confirme le jugement.

Lorsque, malgré la résistance assez vive opposée par les commissaires du gouvernement appartenant au parquet de la Cour de cassation, le Tribunal des conflits se fut définitivement prononcé sur la question en repoussant formellement les interprétations abusives auxquelles avait donné lieu la théorie, les tribunaux judiciaires ne purent, bien entendu, que se ranger au revirement qui s'ensuivit (cf. Cass.-crim. 10 janvier 1885 *Cunéo d'Ornano* S. 85.1.89).

L'argument tiré du *mobile politique*, en contradiction flagrante avec tout principe de *moralité*, avait vécu ; l'idée de *moralité administrative* avait remporté une victoire décisive.



## APPENDICE II

### La théorie de l'illégalité légitime et l'application du contrôle contentieux de la moralité administrative (1)

---

I. Les pouvoirs de guerre. — II. L'illégalité légitime. — III. Jurisprudence judiciaire.

Dans le présent Appendice, nous attirons brièvement l'attention sur une théorie qu'on a appelée la théorie de l'*illégalité légitime* (cf. G. Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 360), et qui, bien qu'intéressant plutôt la question du contrôle de la *légalité* proprement dite, est, cependant, de nature à nous fixer, à certains égards, sur l'étendue des possibilités d'application du contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*.

Il s'agit, plus spécialement, de la conception jurisprudentielle des *pouvoirs de guerre* avec l'extension qu'elle a reçue pour le règlement de certains problèmes nés de circonstances exceptionnelles susceptibles de se produire en temps de paix.

Si l'idée même de l'*illégalité légitime* n'est pas absolument nouvelle (2), elle ne s'est cependant affirmée dans toute sa force que pendant et depuis la guerre, notamment en ce qu'elle a été appliquée non pas seulement aux mesures individuelles et particulières, où elle pouvait encore

(1) Bibliographie : G. JÈZE, *Théorie des pouvoirs de guerre*, *Rev. dr. p.*, 1924, p. 594 et s.; A. BOSCH, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1926, p. 233 et s.; G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 305 et s. et p. 341 et s.; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 681 et s.

(2) Cf. les arrêts *Winkell* et *Tichit* cités p. 67, n. (1).

être justifiée par une conception large du *pouvoir discrétionnaire*, mais encore — ce qui est plus grave — au pouvoir réglementaire exercé à l'encontre de la loi et des libertés individuelles.

I. — A l'époque de la grande lutte qui exigeait la concentration de toutes les énergies pour mener à bien l'entreprise de défense du pays, le Conseil d'Etat dut nécessairement s'apercevoir qu'en présence des intérêts vitaux en cause, l'application stricte de la loi ne pouvait se justifier en toutes circonstances. C'est pourquoi il a élaboré ce qu'on a appelé la *théorie des pouvoirs de guerre*, en vertu de laquelle il a reconnu au gouvernement le droit de prendre des mesures exorbitantes et contraires au droit établi lorsqu'il se trouvait dans l'impossibilité absolue d'assurer la vie de la nation par les voies légales.

Pour aboutir à ce résultat, sans trop heurter les conceptions traditionnelles, le Conseil d'Etat fonda sa jurisprudence sur une interprétation tendancieuse des lois constitutionnelles.

Si l'on doit admettre que l'emploi de cet argument de texte n'était pas très juridique, on ne peut s'empêcher d'approuver pleinement les motifs qui ont porté le Conseil d'Etat à faire abstraction de tout scrupule inopportun pour reconnaître, en dernière analyse, que la logique stricte des principes devait céder le pas à des considérations de fait qui, dans des cas exceptionnels, s'imposent sans discussion possible.

C'est ainsi, notamment, que, dans un arrêt du 28 juin 1918 *Heyriès*, après avoir posé en principe « que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le « Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des « lois, qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute « époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche »,

le Conseil d'Etat déclara qu'il appartenait au Président de la République « d'apprécier que la communication, prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la durée des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer, et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale, qu'en raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ». Et le Conseil d'Etat d'estimer qu'en prescrivant « que l'application de l'article 65 serait suspendue provisoirement pendant la durée de la guerre, avec faculté pour les intéressés de se pourvoir, après la cessation des hostilités, en revision des décisions qui auraient été ainsi prises à leur égard, le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ».

Si, quoi qu'en dise le Conseil d'Etat, on ne peut guère admettre qu'en l'espèce l'usage fait par le gouvernement de ses pouvoirs était à proprement parler légal, la loi constitutionnelle étant en réalité hors de cause, il faut reconnaître qu'indépendamment de tout argument de texte, la mesure prise par le gouvernement était parfaitement régulière en droit parce que dictée en vue de l'obtention d'un but parfaitement légitime et trouvant sa justification en lui-même (1).

(1) Cf. encore les arrêts: Cons. d'Etat 14 mai 1920 *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris* (la formule de cet arrêt est déjà plus étudiée et moins tortueuse; le Conseil déclare que « aux termes de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois, qu'il lui incombe, dès lors, d'édicter à toute époque les prescriptions indispensables que comporte cette exécution, selon les nécessités résultant des circonstances et conformément au but que s'est proposé le législateur »); 4 mars 1921 *Chauvelon*. V. aussi les concl. RIVER dans l'affaire *Couitias* citée au texte.

II. — Cette remarque nous ramène aux développements de la première partie de notre étude par lesquels nous tentions de démontrer qu'en matière administrative, l'important n'est pas tant, pour apprécier la valeur d'une mesure prise, de rechercher si elle est, en tous points, régulière eu égard aux prescriptions légales, que de savoir si, étant donnés les principes fondamentaux qui régissent le fonctionnement des services publics et les nécessités de la sauvegarde des intérêts généraux du public, elle a été déterminée par un *but régulier de service*, les considérations tirées du *principe de légalité*, dont nous nous défendons d'ailleurs de contester la valeur certaine et la vertu stabilisatrice du droit, devant, dans certains cas, exceptionnels il est vrai, céder le pas aux exigences supérieures d'une bonne administration.

Ces idées se retrouvent, en dernière analyse, à la base de l'arrêt *Couitéas*, que nous avons déjà eu l'occasion de citer à plusieurs reprises (1).

Rappelons que, dans cette affaire, le juge avait à se prononcer sur la régularité du refus, opposé par le gouvernement, d'exécuter une décision de justice passée en force de chose jugée dans un pays de protectorat. Si ce refus était intervenu dans des circonstances *normales*, le Conseil d'Etat n'aurait certainement pas manqué de le qualifier d'*illégal*, l'administration n'étant pas libre de ne pas faire exécuter un jugement régulièrement rendu lorsqu'elle en est requise.

Dans sa note publiée sous cet arrêt au Recueil Sirey (2), M. Hauriou remarque très justement qu'avant la guerre, le Conseil d'Etat n'aurait peut-être pas résolu la question de la façon dont il l'a résolue en 1923. « Si, dit-il, le litige avait « été tranché en février 1914, avant la guerre, il est probable que la décision du Conseil d'Etat eût été autre ; « sans doute, l'indemnité eût été accordée, mais parce « qu'une faute eût été reconnue à la charge de l'adminis-

(1) V. ci-dessus p. 402 et s.

(2) S. 23.3.57.

« tration du fait d'avoir refusé pendant plusieurs années  
 « de suite de prêter main-forte à l'exécution d'un jugement.  
 « Le fait est que, si des considérations d'opportunité peu-  
 « vent justifier l'administration, lorsqu'elle diffère d'ac-  
 « complir une obligation de ce genre pendant un court  
 « espace de temps, cette excuse disparaît, lorsque tout loisir  
 « lui a été laissé de choisir son moment et de réunir les  
 « moyens d'action nécessaires ; on peut même faire obser-  
 « ver que, si le gouvernement français ne croyait pas pou-  
 « voir assurer l'exécution des jugements des tribunaux  
 « français en Tunisie, il n'avait qu'à ne pas y organiser  
 « des tribunaux français. Nous croyons que, même en 1923,  
 « on eût parfaitement compris et admis la théorie d'une  
 « faute de l'Etat dans ces conditions ».

Voilà, certes, l'aspect *légal* du problème.

Mais les questions soulevées par la guerre ont fourni au Conseil d'Etat l'occasion de réfléchir sur les exigences d'une bonne administration qui impliquent, pour l'autorité administrative, responsable du maintien de l'ordre public, une large indépendance à l'égard de la loi. Les circonstances de l'affaire *Couitéas* présentaient un caractère tellement exceptionnel que le juge s'est vu amené à disculper l'administration de tout reproche et à reconnaître la régularité de l'attitude que le gouvernement avait observée, le *but poursuivi par ce dernier ayant d'ailleurs été absolument conforme aux règles de la moralité administrative*.

« Si le gouvernement, dit M. Rivet, s'est refusé à mettre  
 « en mouvement la force publique pour assurer l'exécution  
 « du jugement rendu au profit du sieur Couitéas, c'est,  
 « dit-il, parce qu'une résistance très sérieuse était à crain-  
 « dre qui eût pu exiger une expédition véritable et avoir  
 « des répercussions dangereuses sur la situation de notre  
 « protectorat. C'est bien là le moyen de défense tiré des  
 « *nécessités vitales* du pays ». Dans ces conditions, M. Rivet  
 propose aux juges de déclarer légale la décision interve-  
 nue. Il estime que la tâche du Conseil d'Etat se résume à  
 exercer son contrôle de juge de l'excès de pouvoir vis-à-vis

des motifs donnés par le gouvernement, c'est-à-dire à vérifier, en dehors de toute appréciation de l'*opportunité* de la décision intervenue, « la *réalité des motifs* invoqués par les « auteurs de la décision dont se plaint le requérant ».

En d'autres termes, et en faisant abstraction de la tendance à présenter ces solutions sous l'angle d'un contrôle de la *constitutionnalité* des décisions administratives, M. Rivet invite le Conseil d'Etat à faire porter son examen non pas sur la légalité de la décision gouvernementale, question qui, dans les circonstances de l'affaire, ne présentait qu'une importance absolument secondaire, mais bien sur la moralité du refus opposé par l'administration au requérant. Et le Conseil d'Etat, se rangeant à l'avis de son commissaire du gouvernement rend bien un jugement de *moralité* : « Considérant, dit-il, qu'il résulte de l'instruction que, « par jugements en date du 13 février 1908, le tribunal civil « de Sousse a ordonné le maintien en possession au sieur « Couitéas des parcelles de terrains du domaine de Tabia-el- « Houbira dont la possession lui avait été reconnue par « l'Etat » et lui a conféré le droit d'en faire expulser tous « occupants », que le requérant a demandé, à plusieurs « reprises, aux autorités compétentes, l'exécution de ces « décisions ; mais que le gouvernement français s'est toujours refusé à autoriser le concours de la force militaire « d'occupation reconnu indispensable pour réaliser cette « opération de justice, en raison des troubles graves « que susciterait l'expulsion de nombreux indigènes de « territoires dont ils s'estimaient légitimes occupants depuis « un temps immémorial ; — considérant qu'en prenant, « pour les motifs et dans les circonstances ci-dessus rappelés, « la décision dont se plaint le sieur Couitéas, ledit gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés « en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique « dans un pays de protectorat, etc. »

La doctrine qui se dégage de cet arrêt est que l'administration peut s'affranchir de l'observation stricte d'un *principe formel* du droit lorsqu'elle estime que, dans le cas par-

ticulier appelant son intervention, la poursuite du bien public, qui reste sa loi suprême, lui impose pareille attitude. Dans les cas de ce genre, le contrôle du juge n'intervient plus pour l'appréciation de la *légalité*, mais uniquement pour l'appréciation de la *moralité* de la mesure attaquée (1). Cela prouve bien que le contrôle juridictionnel de l'administration est avant tout un contrôle de la *moralité administrative*, le contrôle de la *légalité* lui-même pouvant, en dernière analyse, être considéré comme élément de ce contrôle (2).

(1) Cf. G. RENARD, *op. cit.*, p. 357 et s. L'intérêt public allégué par l'administration ne peut évidemment servir de prétexte à la dissimulation de fins irrégulières (comp. Cons. d'Et. 25 février 1921 *Société le Centre Electrique*).

(2) Remarquons, dans cet ordre d'idées, que la jurisprudence du Conseil d'Etat semble vouloir établir, pour l'application des lois, une distinction entre les lois *organiques* et les lois *ordinaires*. Selon cette conception, la loi organique, dont le caractère ne saurait, d'ailleurs, être défini qu'en scrutant les nécessités auxquelles elle répond et les intérêts qu'elle tend à sauvegarder, prime toujours la loi ordinaire. C'est ainsi qu'ayant eu à choisir, lors de l'examen d'un cas d'espèce, entre l'application du décret-loi du 1<sup>er</sup> mars 1852 sur la mise à la retraite des magistrats, qui fixe la limite d'âge des membres de la Cour de cassation à 75 ans, et celle de la loi de finances du 31 décembre 1920, qui maintient les vieux fonctionnaires en exercice jusqu'à la délivrance de leur brevet de pension, le Conseil d'Etat s'en est tenu au texte de 1852 en spécifiant que « les textes *organiques* actuellement en vigueur « concernant les magistrats établissent pour eux un âge fixe auquel ils « sont de plein droit mis à la retraite.... », et que « dès lors, les magistrats.. ne peuvent se prévaloir de l'article 28 de la loi du 31 décembre « 1920 pour continuer à exercer leurs fonctions jusqu'à la délivrance « de leur brevet de pension » (Cons. d'Et. 25 novembre 1921 *Philippon D.* 22.3.25 avec la note de M. L. TROTABAS qui exprime des doutes sur la correction juridique de la solution adoptée par le Conseil d'Etat).

Dans l'arrêt *Rodière* du 18 juin 1926, le Conseil d'Etat précise que la règle d'après laquelle les fonctionnaires civils qui désirent conserver leurs fonctions ne peuvent être mis à la retraite avant 60 ou 65 ans à condition qu'au moment où ils atteindront l'âge de 55 ou 60 ans ils soient pères d'au moins trois enfants vivants et soient en état de continuer à exercer leur emploi (L. du 30 juin 1923, art. 111) « ne doit pas faire obstacle aux *nécessités du service public*, et que, notamment, elle ne saurait « recevoir son application au cas où la mise à la retraite anticipée d'un « fonctionnaire père de trois enfants serait indispensable à l'exécution « d'une réforme administrative ». Dans cet arrêt, le juge s'exprime sur la façon dont doit être réglé le conflit apparent entre les nécessités du

Il ne faudrait, d'ailleurs, pas croire que la doctrine du Conseil d'Etat fasse bon marché des droits subjectifs des particuliers. Si le bien public doit recevoir satisfaction en

service et la règle légale; il donne évidemment la préférence aux règles de la bonne administration.

En réalité, point n'est besoin d'avoir recours, pour expliquer les solutions de ce genre à la théorie établissant une classification *idéaliste* des lois, puisque, à notre sens, les solutions commandées par les circonstances résultaient déjà de l'interprétation rationnelle de la *volonté* même du législateur, notamment dans le cas de l'affaire *Rodière*.

Cf. pour ces questions G. RENARD, *La Valeur de la Loi, Critique philosophique de la notion de loi. Pourquoi et comment il faut obéir à la loi*, Sirey, 1928, p. 174 et s., qui assigne à la théorie une étendue d'application qu'à notre sens elle ne comporte peut-être pas, puisque, nous le répétons, les solutions adéquates aux circonstances peuvent, dans des cas du genre de ceux que nous venons de signaler, déjà être déduites de la volonté implicite ou explicite du législateur.

C'est le moment de présenter quelques observations sur la conception de l'*interprétation idéaliste* des lois telle qu'elle se traduit dans le bel ouvrage de notre estimé maître que nous venons de citer.

Remarquons, tout d'abord, que M. RENARD a très bien montré que la loi et, en général, tout acte juridique ne pouvait avoir de valeur juridique que dans la mesure où les stipulations qui y sont contenues ne contredisent pas les principes supérieurs du droit. Nous sommes d'accord avec l'auteur pour reconnaître que le *principe de l'autonomie de la volonté*, en tant qu'il marquerait un postulat absolument indépendant de toute autre considération, est un principe périmé dont l'application rigoureuse ne saurait conduire, en dernière analyse, qu'au triomphe de la force sur le droit (comp. *op. cit.*, p. 17 et s., p. 81 et s.). Si la volonté des gouvernants doit être respectée comme telle, pour des raisons de bon ordre et dans l'intérêt de la tranquillité publique, si, allant plus loin, on doit soutenir que toute volonté qui se traduit dans un acte juridique mérite déjà, par elle-même, la protection du droit, dans un intérêt de sécurité et de stabilité des relations fondées sur la confiance réciproque (Cf. G. RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 113 et s.), il ne saurait, en définitive, en être ainsi lorsque les principes supérieurs de justice exigent *impérieusement* de passer outre aux volontés exprimées. Le *juste* domine la *confiance* réciproque qui doit présider aux rapports sociaux.

Pour maintenir, autant que possible, le principe de légalité qui paraît ébranlé par de semblables considérations, M. RENARD estime que derrière la volonté formelle du législateur, il convient de chercher l'*idée* de la loi si cette volonté ne peut s'appliquer telle quelle sans heurter les principes de justice et les nécessités économiques ou sociales du moment; car dans toute loi il y a deux choses, comprises dans l'idée même de la loi: un *but* que le législateur s'est représenté lors de l'élaboration de la loi et les *voies et moyens* envisagés pour la réalisation



toutes circonstances, l'individu ne saurait évidemment être tenu de supporter, sans compensation, les charges que lui

de ce but. Si les voies et moyens, *tels qu'ils ont été exprimés*, ne s'adaptent plus aux circonstances, il faut chercher dans le but même de la règle légale le moyen de les adapter pour le règlement du cas concret qui s'impose à l'attention du praticien de droit. Et M. RENARD estime qu'en procédant de la sorte, on reste encore dans la légalité entendue au sens propre de ce mot (comp. *op. cit.*, p. 113 et s., 133 et s.).

C'est ici que nous ne sommes plus tout à fait d'accord avec l'auteur. Nous croyons que, dans les cas exceptionnels où le juge se sépare de la *volonté* du législateur pour rechercher et appliquer uniquement ce que M. RENARD appelle le *but* de la loi, étant entendu que celui-ci en constitue l'élément le plus stable, on ne peut plus dire qu'il est encore tenu compte de la règle légale, soit pour l'appliquer, soit pour l'*adapter*, bref qu'il s'agit ici d'*évaluation concrète intra legem* (comp. *op. cit.*, p. 68 et s.). Nous estimons toujours avec M. le doyen GENY que « tant qu'on reste dans la sphère de l'interprétation de la loi proprement dite, la recherche (du contenu de la volonté législative) doit être faite sans idée préconçue, ni sur la perfection plus ou moins idéale de la règle à découvrir, ni sur son adaptation plus ou moins complète au milieu social dans lequel elle doit s'appliquer », et nous sommes d'accord avec le savant maître pour reconnaître que « ce n'est qu'à ces conditions que se justifient la précision et l'énergie de la puissance législative sur le droit positif » (Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 265 et s.). C'est que la loi elle-même telle qu'elle a été édictée par le Parlement et promulguée par l'Exécutif tient tout entière dans les *voies et moyens* fixés unilatéralement par les représentants de la nation pour la réalisation d'un but déterminé. Dès qu'on s'écarte de ces voies et moyens, on ne reste plus dans la légalité strictement entendue. C'était, du reste, encore là la thèse de M. RENARD, lorsqu'il affirma, il y a quatre ans, que la règle de l'interprétation étroite de la loi pénale n'est qu'une accentuation du principe qui régit l'interprétation de toute loi, que la règle à appliquer tient tout entière dans la formule exprimée par le législateur et que « la rigidité des textes et de la technique juridique, y compris une certaine stabilité de la terminologie, doit apparaître comme le signe de leur aptitude au rôle qu'ils ont à jouer » (*Le Droit de la profession pharmaceutique*, Sirey, 1924, p. 21 et s. et p. 235).

Ainsi, en dépit des formules très prenantes de l'étude récente de M. RENARD, en dépit de la puissance d'analyse et de la force de persuasion particulières à l'auteur, auquel il est souvent difficile de résister, nous persistons à croire que, lorsque, dans un cas déterminé, et pour des raisons d'une gravité exceptionnelle, le praticien estime devoir se dispenser d'appliquer la formule précise de la loi, on ne saurait dire, sous aucun prétexte, qu'il ait encore été fait application, soit de près, soit de loin, du texte régissant la matière dont il s'agit. Lorsqu'on ne tient compte ni de la lettre ni même du sens profond des stipulations

imposent des mesures exceptionnelles prises par l'autorité administrative. Aussi, si l'on fait abstraction de la matière

*expresses* de la règle légale, on applique peut-être une idée juste pré-existant à la loi, dont le législateur s'est inspiré et dont la loi considérée en l'espèce ne constitue qu'une réalisation particulière, mais on n'interprète pas la loi elle-même qui tient sinon toujours dans la lettre, du moins dans l'esprit des formules précises énoncées, à tort ou à raison, par le législateur.

Selon notre éminent maître, « il faut choisir : ou bien la *coutume* « *contra legem*, ou bien l'*interprétation idéaliste* des lois et la distinction coutumière des lois à appliquer et des lois à adapter; pas de « milieu » (*op. cit.*, p. 73). Et l'auteur se prononce, bien entendu, pour l'*interprétation idéaliste*, alors que dans son livre intitulé *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1925, il acceptait sans peine l'existence d'un casuisme s'exerçant *ultra* et même *contra legem* (Cf. *op. cit.*, p. 357 et s.).

A cela nous répondons que nous ne croyons pas du tout que notre point de vue nous amène *nécessairement* à défendre dans certains cas une coutume établie *contra legem*. Les prévisions du législateur sont évidemment limitées. La règle légale doit donc s'interpréter selon ces prévisions, si l'on s'attache à l'interprétation volontariste. L'application, à un cas concret, de la formule énoncée par le législateur n'est justifiée que dans la mesure où il est bien tenu compte de cette considération. La « *libre recherche scientifique* », suivant la terminologie de M. GÉNY, qui s'exerce normalement dans un domaine ne rentrant plus dans les prévisions de la loi et qui, selon nous, a lieu même dans les cas, assez rares, d'une loi absolument inapplicable à l'espèce considérée (sur l'étendue d'application de ce moyen d'interprétation du droit cf. Fr. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 74 et s.), ne peut donc toujours être tenue pour contraire à la loi alors même qu'elle aboutirait à des résultats qui, en eux-mêmes, ne cadrent plus avec le texte légal (comp. G. RENARD, *op. cit.*, p. 67). C'est ainsi, par exemple, qu'on peut très bien concevoir que l'application de l'article 900 du Code civil telle qu'elle est comprise par les tribunaux, qui annulent purement et simplement les donations affectées d'une condition impossible ou illicite, si cette condition a été la cause impulsive de l'acte, alors que la loi décide, en termes formels, que seule la condition doit être réputée non écrite, constitue, à proprement parler, non pas une déformation de la volonté législative (comme le veut, du reste, M. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 260); mais la mise en œuvre d'une idée juste, tirée de la nature même des choses, qu'il faut considérer comme étant restée en dehors des prévisions du législateur. La coutume qui s'établit dans les cas de ce genre a donc bien plus le caractère d'une coutume *extra legem* que celui d'une coutume *contra legem*.

Voilà le milieu — repoussé par M. RENARD — que nous voyons entre l'illégalité flagrante et l'interprétation idéaliste des lois, que nous ne pouvons nous décider à faire rentrer dans un système d'interprétation du texte légal lui-même malgré tous les attraits que présente ce procédé.

spéciale des *pouvoirs de guerre*, dont l'exercice légitime ne donnait pas lieu à indemnité, solution qui pouvait se justifier par les circonstances et les conditions dans lesquelles l'autorité publique fut amenée à user de ces pouvoirs, le Conseil d'Etat reconnaît-il, aujourd'hui, dans les cas, où l'administration se voit obligée d'observer une attitude contraire au droit formel et préjudiciable à certains intérêts particuliers, un droit à indemnité aux personnes lésées (1).

III. — Il est à peine nécessaire de dire que la Cour de cassation n'a pas suivi la jurisprudence administrative dans la voie où elle s'est engagée.

La théorie de l'illégalité légitime n'est pas une théorie judiciaire. Le juge ordinaire, toujours imbu de l'idée de la suprématie de la règle légale, même lorsqu'elle est de nature à aller à l'encontre du droit, n'a guère compris que pour des raisons supérieures de bonne administration on pût ouvrir une brèche aussi sérieuse dans l'ensemble du système légal. Nous croyons inutile d'insister ici sur ce point (2).

(1) V. ci-dessus p. 402 et s.

(2) Cf. not. Cass.-crim. 3 novembre 1917 *Réault* S. 17.1.145 avec la note de M. Roux (arrêt déclarant illégal l'article 1<sup>er</sup> du décret du 3 mai 1917 qui interdisait aux meuniers de laisser sortir de leurs moulins ou de vendre de la farine de froment comprenant moins de 85 % de blé mis en mouture, alors que, d'après la loi en vigueur, le taux légal d'extraction était de 80 %). M. Duguit (*op. cit.*, t. III, p. 704) qui n'approuve pas l'attitude de la jurisprudence administrative constate avec satisfaction que la Cour de cassation s'est montrée plus ferme que le Conseil d'Etat, ce dont, selon lui, on ne saurait que la féliciter. V., du reste, les critiques formulées par cet auteur, *op. cit.*, t. III, p. 696 : *La question des réglemens de nécessité*.

Il convient de remarquer que non seulement le Conseil d'Etat a su assouplir les concepts juridiques pour l'application de sa théorie, mais que, d'autre part, il a été amené à donner une interprétation très large des pouvoirs appartenant à l'autorité militaire en période d'état de siège, à l'effet de donner satisfaction aux exigences particulières de la situation. (Pour cette jurisprudence cons. not. A. Bosc, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1926, p. 240 et s.)

On peut supposer, au surplus, que c'est à cause de la résistance de la jurisprudence judiciaire dans toutes ces matières que le Tribunal des

conflits a dessaisi les tribunaux de l'ordre judiciaire de la connaissance de certains règlements édictés par les autorités militaires en temps de guerre alors, cependant, que les tribunaux ordinaires ont incontestablement compétence pour connaître des actes administratifs ayant le caractère de *règlements*. C'est là la théorie critiquable dite des *actes d'état de guerre* [V. Confl. 29 juillet 1916 *Vion fils* S. 17.3.1 avec la note de M. HAURIOU; cf. les arrêts du 14 février 1922 S. 22.1.241 (avec la note de M. DUGUIT) rendus par la Cour de cassation, qui, par une déformation flagrante du caractère juridique de ces règlements, a fini par décliner sa compétence en cette matière].

---

## CONCLUSION

---

CARACTÈRE GÉNÉRAL DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE — LA QUESTION DU CONTRÔLE CONTENTIEUX DE L'OPPORTUNITÉ DES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES — LA « POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE » DU CONSEIL D'ÉTAT — INSUFFISANCES ET HÉSITATIONS DE LA JURISPRUDENCE.

---

« Quand il annule pour excès de pouvoir, déclare M. Chalvon-Demersay (*De l'examen du fait*, p. 95), le Conseil « d'Etat, comme la Cour de cassation, dit le droit ». Cela est parfaitement exact. Nous n'en dirons pas autant de l'affirmation de l'auteur, d'après laquelle la seule base de sa jurisprudence « c'est le texte, son seul guide, la loi ». Erreur manifeste. L'ensemble de nos développements consacrés à l'étude du contrôle juridictionnel de la moralité administrative et l'examen des solutions essentielles de la jurisprudence, auquel nous nous sommes livrés, nous permettent d'affirmer, en dépit des dénégations opposées par un grand nombre d'auteurs, qu'à côté du contrôle du *système juridique* considéré en lui-même, contrôle qui trouve son expression caractéristique dans la cassation des jugements rendus par des tribunaux subalternes, telle qu'on la comprend généralement, il existe un contrôle de ce qu'on peut appeler la *conduite morale* de l'administration en tant, surtout, que cette conduite se révèle dans les buts auxquels tendent les décisions exécutoires prises par la puissance publique. C'est ce contrôle qui constitue la sanction de la *déontologie administrative* ; c'est par ce contrôle qu'ont été mises en valeur

les règles propres de notre droit administratif français qui gravitent autour des deux idées fondamentales de la *puissance publique* et du *service public* et dont la première marque le caractère autoritaire de l'administration et la seconde sa nature *institutionnelle* ou *fonctionnelle* (1).

(1) A l'heure actuelle, le contrôle de l'excès de pouvoir s'est développé d'une manière telle que le Conseil d'Etat, sans empiéter sur les attributions des administrateurs, prend une part directe au règlement des affaires administratives *dans l'intérêt d'une bonne administration*. Le juge pénètre de plus en plus dans le détail des directives administratives pour les préciser, lorsque le *bien du service* est en cause, et leur assurer une souplesse et une faculté d'adaptation qui neutralise les inconvénients inhérents au régime administratif.

M. ALIBERT (*op. cit.*, p. 53), notamment, déclare que le recours pour excès de pouvoir évolue « vers un certain partage de la direction administrative ». Dans cet ordre d'idées, il cite, avant tout, les arrêts *Népoty* du 6 janvier 1922 et *Rodière* du 26 décembre 1925 dans lesquels le Conseil d'Etat a particulièrement insisté sur les devoirs découlant pour l'administration de l'annulation de ses décisions, en dehors de la satisfaction stricte accordée à la sentence. Car l'obligation juridique de satisfaire à l'annulation prononcée entraîne souvent l'autorité administrative à régler des situations fort délicates. Ce règlement doit se faire en *équité* et en tenant compte des postulats d'une bonne administration.

Dans l'arrêt *Gervais* du 15 février 1918, le Conseil d'Etat avait annulé pour excès de pouvoir une décision remplaçant le requérant dans ses fonctions de préfet des Ardennes sans que l'intéressé eût été averti de la mesure qui allait l'atteindre et sans que, par conséquent, il eût eu l'occasion de prendre connaissance de son dossier ainsi que cela est prévu à l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. Par suite de cette annulation, le sieur Népoty, qui avait pris la place du sieur Gervais, allait être privé de ses fonctions de préfet. Il incombait, dès lors, à l'administration, en conséquence de l'arrêt du Conseil d'Etat, non pas seulement de réintégrer le sieur Gervais dans son ancien poste, mais encore de fixer « par un acte exprès et dans les formes régulières » la situation du sieur Népoty. Le ministre de l'Intérieur ayant omis de le faire, le Conseil d'Etat s'empessa de rappeler cette obligation et de renvoyer l'intéressé devant le ministre de l'Intérieur « pour être statué à son « égard ce qu'il appartiendra » (aff. *Népoty*).

Dans l'affaire *Rodière*, le Conseil d'Etat, tenant compte de l'effet rétroactif de ses décisions d'annulation, précise en détail les règles de conduite qui, dans un intérêt supérieur de bonne administration, doivent guider l'autorité administrative dans l'appréciation des suites que comporte l'annulation d'une de ses décisions. Il insiste sur la situation particulière des fonctionnaires qui ont été touchés par cette annulation et auxquels on ne saurait équitablement faire supporter les inconvénients des retards de la justice. Ils ne sauraient donc être réintégrés

I.— L'intérêt de la jurisprudence que nous venons d'étudier réside dans le fait qu'elle met en évidence que, dans l'accomplissement de sa mission, l'autorité administrative n'a pas seulement à tenir compte des prescriptions formelles de la loi qui ne peuvent lui fournir tous les éléments nécessaires à la solution régulière des problèmes qui sollicitent son intervention, mais encore de certains principes qui lui imposent la discipline indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise du bien public.

L'administration n'exerce pas seulement les droits subjectifs dont elle jouit en sa qualité de pouvoir autonome et autoritaire, mais elle remplit, surtout, des *devoirs* auxquels elle ne saurait se soustraire sous aucun prétexte. Tout, dans le fonctionnement des organes administratifs, est, en effet, subordonné à l'idée de la réalisation du bien public. Voilà pourquoi l'élément *but*, qui, en dépit de toutes les apparences, ne joue encore, en droit privé, qu'un rôle assez effacé, constitue l'élément primordial de l'acte juridique public.

Le premier postulat d'une bonne administration trouve son expression dans la règle qu'en principe, chacun des actes de l'administration doit être déterminé par un but certain et spécial d'où dépend, en grande partie, sa valeur propre. Le critérium qui sert à reconnaître la correction de ce but et qui, par la force même des choses, ne se déduit jamais d'une façon suffisamment précise de la loi elle-même, doit être cherché dans l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'acte administratif est intervenu. De cet examen, on pourra induire si, quant au but poursuivi, l'acte est conforme à la règle de la *spécialité des fonctions* ou à celle

purement et simplement dans la situation qu'ils occupaient avant l'intervention de la décision annulée, sans qu'il fût fait état des avantages de la fonction auxquels ils pouvaient légitimement prétendre au cours de la période située entre la date de la décision irrégulière et la notification de la décision d'annulation (cf. les conclusions de M. CAHEN-SALVADOR dans *Rev. dr. p.*, 1926, p. 33 et s. G. JEZE, *Contrôle juridictionnel des décisions de nomination et de promotion d'avancement des fonctionnaires publics*, *Rev. dr. p.*, 1928, p. 123 et s., not. p. 149 et s.).

qui exige qu'aucun acte public ne soit motivé par une fin *personnelle et intéressée*, contraire à l'*intérêt général*.

Voilà pourquoi, aussi, le contrôle de la *moralité*, sans porter sur l'erreur de fait pour elle-même, comporte néanmoins un examen du fait poursuivi en vue de la répression des fins contraires à l'esprit de l'institution administrative.

C'est par extension de ce contrôle à la fois technique et juridique, qui dut amener le juge de l'excès de pouvoir à entrer de plus en plus dans un examen détaillé des motifs de la décision administrative, qu'a été créée l'ouverture de l'*erreur de fait* proprement dite que nous avons cru pouvoir rattacher, à certains égards, au contrôle de la moralité parce qu'elle vise également la conduite observée par l'administration dans l'exercice de son *pouvoir discrétionnaire*.

Certes, un grand nombre de décisions jurisprudentielles que nous avons considéré comme appartenant au contrôle de la *moralité* peuvent encore être rattachées au contrôle de la *légalité*, entendu au sens large de ce mot ; mais si l'on prétend que, dans tous ces cas, le juge se livre à des appréciations portant sur la *légalité* même de l'acte, ne va-t-on pas à l'encontre de la signification profonde de toute cette jurisprudence pour revenir, en somme, plus ou moins, à l'axiome périmé qui confondait *droit* et *loi* et qui n'a, d'ailleurs, pas encore été absolument répudié à l'heure actuelle ?

Le fait est que la solution des questions qui se posent en droit public doit se faire d'après les règles du *bon sens*, c'est-à-dire sur des bases suffisamment souples, adaptées aux besoins particuliers de cette branche spéciale du droit. Nous avons même pu constater qu'en cas de nécessité absolue, la loi, qui n'est qu'un des éléments de la morale sociale, devait s'effacer devant des considérations supérieures imposées par les fins particulières des institutions juridiques (1).

(1) Nous avons vu que, dans la majorité des cas de ce genre, on a voulu voir une application du contrôle sanctionnant la primauté de nos textes constitutionnels, alors qu'à notre avis il était beaucoup plus



Si, à certains égards, la théorie que nous soutenons ne donne pas toujours pleine satisfaction à l'esprit, trop habitué à des déductions rigides, il ne faut pas perdre de vue que cela tient essentiellement au caractère original de notre matière. En effet, si les questions soulevées par le fonctionnement de l'administration publique doivent être résolues d'après des principes supérieurs d'ordre *légal* et *moral*, l'application de ces règles aux cas concrets ne peut se faire toujours sur la base de préceptes fixes, préétablis et nettement définis par le droit positif. La technique du droit administratif est toute basée sur des *directives*, le fond du droit ne parvenant que peu à peu à consolider tous ces éléments mouvants.

« Le droit public, dit M. Hauriou (*Police juridique et fond du droit, Rev. trim. de Droit civil, 1926, p. 276 et s.*), « est infiniment plus riche que le droit privé en *police juridique*, en *standards* et *directives*, du moins en droit français où la juridiction du juge civil a été tellement diminuée et resserrée. » « La directive, déclare l'éminent doyen, est tellement naturelle à la décision exécutoire que le recours pour excès de pouvoir dans son ouverture du *détournement de pouvoir* ne vise que les directives de l'administration. » M. Hauriou constate qu'il y a matière à directives aussi bien dans le contentieux de pleine juridiction que dans celui de l'annulation.

En ce qui concerne le *détournement de pouvoir*, qui nous intéresse tout particulièrement, l'auteur déclare (*loc. cit.*, p. 281 et s.) : « L'ouverture du détournement de pouvoir est particulièrement riche en directives. On en peut rapprocher, à ce point de vue, l'incompétence *ratione materiæ* qui soulève la question de savoir jusqu'où l'action administrative peut entreprendre sur la vie privée (question de l'étatisme ou de la municipalisation des services). Le Con-

simple de situer le débat sur le terrain des exigences propres de l'institution administrative qui, dans certains cas, et en dehors de toute considération de textes ou principes constitutionnels formels, doivent, dans l'intérêt même de la vie sociale, dominer les prescriptions édictées par le législateur.

« seil d'Etat a suivi jusqu'ici une ligne de conduite très prudente, n'autorisant les empiètements de l'administration que pour des besoins urgents de police et lorsque l'initiative privée est véritablement défaillante... » « La jurisprudence sur le détournement de pouvoir, poursuit l'auteur, n'est qu'un jaillissement de *directives*. On ne saurait en être surpris quand on réfléchit qu'ici le juge scrute les motifs de la décision exécutoire, que ces motifs révèlent forcément les directives de l'autorité administrative qui a pris la décision et que le juge est naturellement amené à opposer ses directives à celles de l'administrateur. La formule du Conseil d'Etat, lorsqu'il annule une décision pour détournement de pouvoir, est que l'auteur de l'acte a usé de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré. Il n'y a ni incompétence, ni violation des formes, ni violation de la loi, il y a fausse directive. »

M. Hauriou, passant en revue les différentes catégories de police que nous avons eu l'occasion d'étudier au cours de nos développements, précise les directives appliquées par le juge à ces matières. Remarquons qu'en ce qui concerne spécialement la police des *cultes* et celle de la *salubrité*, il appelle l'attention sur l'idée de la balance des pouvoirs et des libertés qui fournit un critérium précieux pour la solution équitable des questions souvent fort délicates soulevées par ces matières.

L'auteur constate, enfin, qu'après l'élargissement du champ d'application du recours pour excès de pouvoir par l'admission de l'ouverture de la *violation de la loi*, le détournement de pouvoir a pratiquement résisté aux forces qui tendaient à tirer toute la matière de l'excès de pouvoir vers le fond du droit. « Il y a donc maintenant, poursuit-il, dans les ouvertures à recours, deux pôles d'attraction : d'une part la *violation de la loi* qui représente la *suprématie de la règle de droit*, la limitation du pouvoir administratif par un pouvoir extérieur, ce qu'on peut appeler l'*hétéro-limitation* ; d'autre part, le *détournement de pouvoir* qui

« représente la survivance du vieux principe de l'*auto-limitation* du pouvoir administratif et qui suppose la violation, non pas de règles de droit établies, mais de simples *directives* de la bonne administration. Entre ces deux pôles d'attraction, c'est bien la concurrence et la lutte du *fond du droit* et de la *police juridique*. »

Dans son ensemble, cet exposé, dont nous n'avons, d'ailleurs, pas à critiquer ici le détail et les termes, met bien en relief ce qui donne au droit administratif français son aspect particulier. Il faut reconnaître que cette branche spéciale du droit est vraiment, dans le sens propre du mot, un droit *disciplinaire* qui, ne cédant que lentement au système des règles de droit solidement établies, *dont il importe, cependant, de ne pas négliger le rôle essentiellement stabilisateur*, se féconde bien plus par une compréhension toujours plus précise des nécessités du *bien public* que par l'application stricte des règles extérieures portées par le législateur.

Les théoriciens qui ne jurent que par la règle de droit préétablie éprouvent beaucoup de peine à se faire à ces idées qui bouleversent toutes leurs conceptions. S'efforçant de ramener le droit à sa plus simple expression, au mépris des tendances que révèle l'expérience jurisprudentielle, ils s'en tiennent au règne absolu de la règle abstraite sans s'apercevoir que les solutions pratiques qu'ils sont bien obligés d'admettre se trouvent en contradiction avec leurs propres principes. Si pareille attitude peut s'expliquer par le souci de la stabilité dans les rapports juridiques, on peut remarquer que la loi, qui continue à jouer son rôle pondérateur au regard de l'instabilité jurisprudentielle et, ensuite, les règles de la bonne administration elles-mêmes qui, à l'heure actuelle, ont déjà acquis une fixité appréciable, fournissent, dès à présent, un cadre suffisant pour éviter de trop brusques écarts et soustraire les particuliers au péril de surprises pénibles.

II. — Il y a une seconde erreur à écarter. On a souvent prétendu que le Conseil d'Etat, en appréciant l'usage fait par

les administrateurs de leur pouvoir discrétionnaire, se livrait, en réalité, au contrôle de l'*opportunité* des décisions administratives.

Nous rappelons que cette opinion repose sur une vue incomplète des choses. Le Conseil d'Etat s'est toujours gardé de se transformer en supérieur hiérarchique des services administratifs ; il spécifie nettement, dans ses arrêts, la restriction de sa compétence propre. Ainsi, le juge n'a le droit de soumettre les éléments du pouvoir discrétionnaire de l'administration à son appréciation que pour en fixer les limites précises au regard du principe de la bonne administration.

Or, c'est l'obligation, dans laquelle il se trouve souvent pour découvrir la fin poursuivie par un acte administratif, d'étendre ses investigations aux questions de fait, d'apprécier l'exactitude matérielle des motifs donnés par l'administrateur, de les confronter à ses propres directives, qui a induit en erreur les arrêtistes en prêtant à la juridiction administrative une thèse à laquelle, en dépit de quelques apparences, elle ne s'est jamais ralliée (1).

De là aussi la résistance des tribunaux judiciaires et, en particulier, de la Cour de cassation à élargir l'exception d'illégalité et à rechercher le *détournement de pouvoir* qu'ils avaient pris l'habitude de considérer comme un contrôle de l'*opportunité*.

Rappelons qu'à plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a reconnu formellement qu'il ne lui appartenait pas d'examiner l'*opportunité* des décisions administratives. La formule donnée dans l'arrêt *Gérard* du 5 juillet 1918 est très nette. Le Conseil déclare qu'il ne lui appartient pas « d'examiner l'*opportunité* de la mesure, ni le *bien-fondé* des « motifs » (V. aussi Cons. d'Et. 14 janvier 1916 *Camino*, et les concl. de M. Corneille ; 10 mars 1926 *sieur Cocol*). Dans l'arrêt *Saltzmann* du 18 novembre 1921, il déclare formelle-

(1) Cette erreur peut être relevée dans de nombreuses notes anonymes publiées au Recueil Sirey et dans lesquelles la signification du contrôle des motifs n'a jamais été comprise (V. not. S. 14.1.422).

ment « que le préfet... en retirant... le passeport qui avait « été accordé... n'a fait qu'user des pouvoirs de police qu'il « tient du décret du 15 novembre 1918 et que l'*opportunité* « de sa décision ne peut-être discutée devant le Conseil « d'Etat statuant au contentieux ». De même, dans l'arrêt *Bonnet* du 21 juillet 1922, il précise que le requérant n'est pas fondé à discuter l'*opportunité* du rejet de sa demande de naturalisation. Le caractère du contrôle exercé par le Conseil d'Etat se vérifie d'une façon toute particulière en matière de déclaration d'utilité publique. Nous rappelons que le juge de l'excès de pouvoir se refuse toujours à apprécier l'*utilité* réelle du travail en vue duquel une déclaration d'utilité publique est intervenue. « L'appréciation des « motifs, déclare M. Blum, commissaire du gouvernement, « dans ses conclusions présentées dans l'affaire *commune* « de *Venoix* du 27 avril 1917 (S. 23.3.53), qui font déclara- « rer ou non l'utilité publique appartient à l'administration « et à elle seule, sauf contrôle du juge, au point de vue du « détournement de pouvoir... »

Ainsi le juge n'est jamais compétent pour vérifier si l'auteur d'un acte administratif fondé sur des motifs reconnus existants et tendant à la sauvegarde de l'intérêt général et au bon fonctionnement du service, a tiré les conséquences justes des circonstances de fait se trouvant à la base de sa décision. Le juge de l'excès de pouvoir n'est pas juge du fait pris en lui-même. Tout ce qu'exige le principe de la moralité administrative dont le Conseil d'Etat se constitue le gardien, c'est que l'acte juridique public présente une correction parfaite quant au but auquel il tend. Ce qui, dans les éléments de l'acte, reste en deçà des limites de ce postulat, échappe à l'action du contentieux et rentre dans le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, seule responsable devant le public de l'usage qu'elle fait de ses droits.

Il n'est pas vrai que le juge de l'excès de pouvoir s'engage dans l'impasse du contrôle de l'opportunité, pour lequel il n'a pas été institué et qui risquerait, d'ailleurs, de ruiner l'autorité dont il jouit en sa qualité de censeur impartial de

l'administration. Mais, sauf les exceptions que nous avons déjà étudiées, tout ce qui se trouve en deçà de la limite que nous venons d'indiquer tombe sous la prise du contrôle juridictionnel, et — du côté de la justice administrative du moins — le juge ne manque pas de l'exercer (1).

Malgré le contrôle de plus en plus serré du juge de l'excès de pouvoir, le pouvoir discrétionnaire de l'administration est encore largement mesuré. Le Conseil d'Etat évite notamment de soumettre à son appréciation des *mesures d'ordre intérieur* qui n'intéressent plus l'idée même de l'institution. Ce sont là des questions qui ne se rapportent plus à la personnalité morale — celle-ci ayant trait aux relations extérieures de l'institution administrative —, mais qui visent essentiellement le mécanisme purement interne du fonctionnement des services publics, où le Conseil d'Etat évite de s'immiscer. Le règlement des détails d'exécution des services publics et la répartition des tâches entre les agents qui y coopèrent ne regardent le juge qu'autant que les mesures prises à ce sujet par l'autorité administrative auraient pour résultat de faire sortir l'agent de sa spécialité. *De minimis non curat prætor*.

C'est ainsi que par arrêt du 25 janvier 1928 *Lannelongue* le Conseil d'Etat a reconnu que le fait, par un ministre, de relever un gardien de bureau de ses fonctions de frotteur du cabinet du ministre constitue un acte qui « n'a

(1) M. ALIBERT fait remarquer, à ce sujet, qu'il est parfois bien difficile de faire un départ exact entre l'examen de l'*opportunité* et l'appréciation des faits comme élément de vérification de la régularité de l'acte. Il observe que « la jurisprudence tend de plus en plus à reculer les frontières des deux sortes d'investigation, de manière à élargir le contrôle des faits par une restriction très sensible de la notion d'*opportunité* ». Il cite comme exemple l'arrêt Cons. d'Et. 4 décembre 1925 *Leroy, Delvally et Bailleul* (D. 26.3.6), dans lequel le juge de l'excès de pouvoir a affirmé qu'il lui appartenait d'examiner, dans chaque espèce, les *nécessités de l'exploitation* des mines pour apprécier la régularité des autorisations d'occupation délivrées par le préfet en vertu de la loi du 21 avril 1810. « On peut se demander, remarque M. ALIBERT, « s'il était possible, dans l'espèce, de distinguer le fait proprement dit de l'*opportunité* : la différence est bien faible, en effet, entre celle-ci « et les *nécessités administratives* » (*op. cit.*, p. 52).

« d'autre caractère que celui d'une *mesure d'ordre intérieur* motivée par des circonstances dont l'administration reste « seule juge » (1).

III. — Lorsqu'on apprécie, *dans son ensemble*, l'évolution de la jurisprudence en matière de contrôle de la moralité administrative, on ne peut que constater les progrès intéressants réalisés dans le sens d'une pénétration toujours plus complète de l'activité administrative par le droit. Si les tribunaux judiciaires, plus timorés que le juge administratif et disposant de moyens d'action plus limités, n'ont pas suivi le mouvement et se sont, en principe, refusés à entrer dans la voie d'un contrôle dépassant la *légalité*, au sens propre de ce mot, le Conseil d'Etat, juge naturel des décisions et opérations administratives, n'a pas hésité, malgré certaines défaillances, à user de tous les moyens en son pouvoir pour brider l'élan souvent importun d'administrateurs trop oublieux de leurs devoirs et pour maintenir, par une « politique jurisprudentielle » avisée, l'activité administrative dans les limites fixées par les principes de la bonne administration (2).

(1) L'abstention du juge n'est plus justifiée, à notre avis, lorsque l'autorité administrative viole un *règlement* d'ordre intérieur (V. ci-dessus p. 294, n. 1), ces règlements ayant, en effet, un caractère obligatoire dont l'administration ne peut s'affranchir sans commettre un excès de pouvoir. — Pour les mesures d'ordre intérieur en matière militaire qui prennent une importance toute particulière cf. ALIBERT, *op. cit.*, p. 82.

(2) Observons que l'idée de la moralisation de l'activité administrative a encore été renforcée du fait de l'assouplissement de la fin de non-recevoir susceptible d'être tirée contre le recours pour excès de pouvoir de ce que la décision incriminée se confond avec un fait d'*exécution* ainsi que de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un *recours parallèle*. A notre avis, ces fins de non-recevoir procédaient d'un malentendu, car le contentieux objectif présente un caractère propre et indépendant; sa mise en œuvre ne saurait dépendre, en principe, de l'existence de recours contentieux qui ne visent pas aux mêmes fins que lui; or, aucun recours subjectif ne tend à assurer *directement* le respect de la discipline propre de l'institution. Cf. sur cette question M. HAUNIOU, *Précis*, 11<sup>e</sup> éd., p. 411 et s. (En ce qui concerne particulièrement la possibilité d'intenter soit le recours pour excès de pouvoir, soit le recours contentieux ordinaire, selon les points de vue auxquels l'on se place, cf. not. Cons. d'Et. 8 mars 1912 *Lafage* S. 13.3.1 et la note de

Il a, en même temps, fait preuve d'une grande modération pour ménager, autant que possible, les susceptibilités de l'administration. Il évite toujours de porter atteinte au domaine réservé de l'administration active que constitue le *pouvoir discrétionnaire*. De plus, il fait à celle-ci des concessions qui dépassent, parfois, les exigences de l'indépendance nécessaire des administrateurs actifs. Mais cette attitude est, peut-être, de bonne politique; il semble qu'elle ait permis au Conseil d'Etat d'imposer plus facilement ses décisions dans des domaines où les règles de la bonne administration exigent, de la part de l'administrateur actif, une discipline des plus rigoureuses.

« Le Conseil d'Etat, dit très bien M. G. Renard (*Notions très sommaires de Droit public français*, p. 86), compose avec l'administration, la logique l'inspire moins que la sagesse, la mesure, le sens des convenances et des opportunités; et il trahit bien par là la nuance particulière d'une justice rendue par des fonctionnaires administratifs, aussi préoccupés d'administration que de justice. » De là aussi la formule ramassée et parfois énigmatique de ses arrêts qui ne facilite pas précisément les recherches de l'interprète du droit.

IV. — Mais si, en général, les efforts faits par le juge administratif méritent l'approbation unanime, il est regrettable que, dans certains cas, notamment dans le domaine du contentieux ordinaire, le Conseil d'Etat, dans sa préoccupation, légitime en elle-même, de ne pas trop gêner l'administration active, ait fait la part trop large aux pouvoirs exorbitants de l'autorité publique sans accorder toujours aux particuliers

M. HAURIU; v. également L. DUGUIT, *op. cit.*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., p. 383 et s., 3<sup>e</sup> éd., p. 506 et s.) Un arrêt du Conseil d'Etat du 3 juillet 1925 de Mestral (S. 27.3.2) admet même le recours pour excès de pouvoir contre un acte accompli en violation d'un contrat alors que le commissaire du gouvernement avait conclu à la non-recevabilité. Il est vrai que les requérants avaient constitué avocat, de telle sorte que le pourvoi aurait été recevable au titre du contentieux ordinaire s'il avait été écarté en tant que recours pour excès de pouvoir (V. sur cet arrêt la note de M. L. TROTAS au D. 26.3.17).



les compensations que des considérations d'équité auraient pu faire apparaître comme indispensables. Nous avons déjà indiqué qu'en ce qui concerne spécialement les *actes de gouvernement*, la haute juridiction administrative n'a pas su résister à la tendance fâcheuse qui l'a amenée à pousser *très loin* les concessions faites aux nécessités politiques. De même, pour ce qui regarde l'extension des pouvoirs de l'administration en temps de *guerre*, les solutions intervenues ont, dans certains cas, dépassé les exigences strictes de la situation.

Pour bien marquer encore, à la fin de notre étude, ce que de telles hésitations ont pu présenter d'arbitraire, nous voudrions attirer l'attention sur un arrêt relativement récent, l'arrêt *Cotte* du 31 octobre 1924, par lequel, s'agissant d'une destruction d'affiches opérée sur l'ordre du préfet, dans la période troublée du début de la guerre, en conséquence d'une instruction ministérielle appliquée hâtivement et sans discernement, le Conseil d'Etat a refusé toute indemnité à la victime du dommage.

Bien que, dans ses conclusions, M. Rivet, commissaire du gouvernement, eût proposé d'accorder une indemnité limitée, le juge, refusant de tenir compte de cette suggestion équitable, estima « qu'il appartenait au préfet, dans « la période critique où il a reçu l'ordre ci-dessus et eu égard « à l'extrême urgence des mesures à prendre, de faire disparaître les affiches de toutes sortes et leurs supports », et considérant, d'autre part, qu'il n'était justifié par le requérant « d'aucune faute dans l'exécution de ladite prescription, de nature à engager la responsabilité de l'administration », il rejeta purement et simplement la demande du requérant (1).

Si, à la rigueur, on peut justifier cette décision par les circonstances extraordinaires dans lesquelles l'administration avait été amenée à prendre la mesure attaquée, si, du

(1) V. l'analyse de cet arrêt dans JÈZE. *Actes de gouv. et pouv. de guerre*, Rev. dr. p., 1924, p. 597 et s.

point de vue de l'application *stricte* de la théorie *administrative* de la responsabilité pour *faute* (1) sur laquelle le Conseil d'Etat s'est basé, l'indemnité pouvait être écartée, il faut, cependant, reconnaître qu'étant donné le caractère exorbitant de la mesure ordonnée par le préfet, le Conseil d'Etat, statuant en *équité* et faisant la balance des exigences de l'intérêt public et de la bonne administration d'une part et des droits de la victime d'autre part, aurait parfaitement pu se rallier aux conclusions de M. Rivet en tant qu'il proposait l'attribution d'une indemnité limitée.

Il est de même regrettable que le Conseil d'Etat ne se décide pas encore à procéder à l'examen du *détournement de pouvoir* proprement dit, lorsqu'il n'y a pas été formellement invité par la partie requérante (2). Il arrive ainsi que, très souvent, il refuse d'annuler des actes administratifs viciés dans leur but en raison d'une simple négligence dans la rédaction de la requête. Ce n'est pas qu'il se refuse toujours à statuer *ultra petita* (2) — ce qui est, du reste, conforme à l'idée même du contrôle objectif de l'annulation — mais il estime, sans doute, que si le requérant ne l'invite pas à étendre ses investigations, il vaut mieux rester sur la réserve que de soulever d'office une question qui touche de très près au *pouvoir discrétionnaire* de l'administration. Cette attitude est très critiquable. Le Conseil d'Etat n'est pas seulement une juridiction de cassation, ni même un juge passif dont la mission se borne à statuer strictement sur les conclusions du demandeur, mais encore et avant tout un tribunal chargé, *dans l'intérêt supérieur d'une bonne administration*, d'apprécier, dans tous les cas soumis à son examen, la direction donnée par les agents administratifs à leur conduite.

(1) V. ci-dessus p. 391 et s.

(2) Cf. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 550, qui déclare: « Le détournement de pouvoir n'est pas, en général, un moyen d'ordre public qui puisse être relevé d'office; il faut qu'il soit invoqué par la partie, à « qui la preuve en incombe ». Cf. Cons. d'Et. 13 mars 1903 *Blanc*; 3 avril 1903 *Couttenier*.

(3) Cf. Cons. d'Et. 20 janvier 1922 *Trépont*.

Un arrêt qui marque bien la tendance contre laquelle nous nous élevons est l'arrêt *Leloutre* du 22 avril 1921 (S. 23. 3.25 avec la note de M. Hauriou). Cet arrêt rappelle l'époque où les solutions du Conseil d'Etat, qui ne jouissait alors pas encore de pouvoirs propres, se présentaient bien plus comme des décisions administratives que comme des jugements véritables (1) et se distinguaient par leur brièveté laconique. « Considérant, dit le Conseil, sur recours d'un « particulier auquel avait été refusée la prorogation de son « passeport, que si, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordon- « nance du 25 octobre 1833 les consuls sont autorisés à déli- « vrer des passeports aux Français qui se présenteront pour « en obtenir, cette délivrance n'a pas pour eux un caractère « obligatoire, que le sieur Leloutre, n'ayant aucun droit « à faire valoir, n'est pas recevable à discuter le refus de « prorogation de passeport qui lui a été opposé par l'au- « torité consulaire » (cf. encore Cons. d'Et. 18 nov. 1921 *Saltzmann* précité).

On admettra volontiers qu'un plus grand souci des intérêts en présence aurait amené le juge administratif à poser la question du refus de passeport non seulement sur le terrain de la violation du droit individuel, mais encore sur celui de la *moralité administrative*, le consul ayant très bien pu faire usage de ses pouvoirs légaux dans un but étranger aux règles de la bonne administration (2).

Enfin, il faut encore regretter qu'étant donné le grand nombre d'affaires portées devant le Conseil d'Etat, la justice administrative ne fonctionne que lentement. La critique que présentait M. Jèze en 1911 et 1921 dans la *Revue du droit public* (*Rev. dr. p.*, 1911, p. 291 ; 1921, p. 377 et s.) au sujet de la « lenteur de la procédure du recours pour excès de pouvoir » n'a rien perdu de sa force ; c'est là le moins négligeable des vices du contrôle juridictionnel de la moralité auquel les récentes réformes opérées dans l'organisation

(1) Cf. Marc NOËL, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1924, p. 359, II.

(2) V. aussi Cons. d'Et. 7 juillet 1916 *Dreifuss*, *Lévi*: 21 juillet 1922 *Bonnet*.

et le fonctionnement du Conseil d'Etat n'ont guère encore remédié d'une façon bien efficace (1).

Cependant, encore une fois, si l'on ne peut se dissimuler que la jurisprudence du contrôle juridictionnel de l'administration comporte des lacunes, il faudrait se garder de juger l'œuvre du Conseil d'Etat d'après quelques décisions exceptionnelles qui ne sauraient détruire l'impression favorable produite par l'évolution ferme de cette jurisprudence que la présente étude nous a fourni l'occasion d'apprécier. Dans l'ensemble, cette œuvre a été poursuivie avec une vue éclairée des besoins généraux et une saine compréhension des nécessités du fonctionnement régulier des services publics.

(1) V. loi du 1<sup>er</sup> mars 1923 (*Rev. dr. p.*, 1923, p. 224 et s.); décr. du 4 août 1923 (cf. *Rev. dr. p.* 1924, p. 103 et s.); décr. règl. du 30 déc. 1926 (cf. *Rev. dr. p.*, 1927, p. 98 et s.); comp. la *Proposition de loi du 26 mars 1925, présentée par M. Bender, député, tendant à l'organisation du Conseil d'Etat par la réduction du contentieux* (*Rev. dr. p.*, 1925, p. 291 et s.).

## ADDENDA

---

P. XVIII, note (1). — Comp. encore L. TROTABAS, *Précis de Science et de Législation financière*, Dalloz, 1929. — Eustache PILON, *Principes et Technique des Droits d'enregistrement*, Dalloz, 1929, qui penche pour la conception qui trouve dans le droit civil les principes dominant le droit fiscal.

P. 35, note. — Cf. encore la théorie du pouvoir discrétionnaire du professeur autrichien Adolf MERKL (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne et Berlin, Springer, 1927, p. 140-157), analysée par M. Roger BONNARD dans la *Revue du droit public*, 1928, p. 684 et s.

La conception que se fait le professeur autrichien du pouvoir discrétionnaire procède de sa thèse sur la *formation du droit par degrés*. Selon cette dernière, le droit prend corps par l'établissement d'une série de normes, déduites d'une norme dite originaire, et dont chacune se forme, en quelque sorte, par *exécution et concrétisation* de la norme qui lui est superposée. Chaque degré de cette échelle de normes, qui se déterminent les unes les autres, concourt ainsi à la création du droit par l'apport d'un élément nouveau, élément concret qui rapproche la règle abstraite des faits sociaux. C'est cette contribution propre à la formation du droit, qu'on relève à chaque degré, qui constitue le critérium du pouvoir discrétionnaire. Celui-ci se retrouve ainsi avec un caractère identique dans toutes les fonctions de l'Etat.

Dans cet ordre juridique, l'administration occupe sa place à l'égal des autres fonctions de l'Etat. La fonction administrative « se trouve située dans le processus de formation du droit à « l'étape de l'exécution de la loi ». Nous mesurons ainsi l'importance du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il existe dans la mesure où la fonction administrative, au même titre que les autres fonctions de l'Etat, ajoute un élément concret à la règle plus abstraite qui lui est superposée.

Le défaut essentiel du système du professeur MERKL, consiste dans l'abus de la déduction abstraite. Selon nous, il est impossible de faire la théorie du droit *pur*, abstraction faite de son contenu. La réalité, qu'il ne faut jamais perdre de vue, et qui se passe souvent de logique, est bien plus compliquée. Ainsi, si l'idée d'après laquelle, dans le processus de formation du droit, la fonction

administrative se place à l'échelon de l'exécution et de l'application concrète de la loi, idée à laquelle le professeur autrichien est amené par sa conception du droit pur, n'est pas tout à fait fausse, elle ne tranche, cependant, pas le problème du caractère spécifique de l'activité administrative.

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration est plus qu'une exécution et une « concrétisation » de la règle légale. Il contribue, au même titre que le pouvoir législatif et sur un plan parallèle à celui-ci, dans la sphère d'action qui lui est propre, à la réalisation du *Bien commun*. En ce sens, il est surtout déterminé non pas tant par la règle abstraite qui lui est immédiatement superposée que par les postulats qui découlent de cette idée de *Bien commun*. Ce n'est, pour ainsi dire, qu'à cause et dans la mesure de ces postulats qu'il doit être considéré comme subordonné au droit légal.

Mais on ne peut évidemment arriver à une pareille conclusion que si l'on se rend compte que le droit n'est pas une science exacte, qu'il est impossible d'en faire une synthèse *abstraite* parce qu'il s'appuie sur des conceptions déterminées avant tout par les postulats *concrets* de la finalité des normes sociales.

P. 71, *in fine*. — Notons que M. DUGUIT, dans la dernière édition de son *Traité de Droit constitutionnel* (3<sup>e</sup> éd., t. II, p. 395 et s.) défend également la thèse de la *compétence liée*.

P. 85, note (1). — Pour la comparaison entre l'abus du droit et le détournement de pouvoir voy. égal. M. BEURDELEY, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'Administration*, Sirey, 1928, p. 159 et s.

P. 115, *in fine*. — L'évolution de la législation industrielle vers un idéal social de plus en plus éloigné des anciennes conceptions conservatrices s'est encore accentuée récemment à propos du vote de la loi du 19 juillet 1928 modifiant l'article 23 du code du travail relatif à la résiliation du contrat de louage de services à durée indéterminée. La loi nouvelle renforce les restrictions apportées par la loi du 27 décembre 1890 au droit de résiliation. La charge de la preuve qui, autrefois, incombait à celui qui se prétendait lésé du fait de son congédiement injustifié est aujourd'hui renversée. Désormais le tribunal appelé à statuer en cette matière pourra procéder à une enquête pour déterminer le motif précis ayant dicté l'attitude du défendeur à l'action. Le motif allégué par la partie ayant rompu le contrat devra, en outre, être mentionné d'une façon expresse dans la sentence du juge. Pratiquement, il ne sera plus possible à la partie défenderesse à l'action en indemnité d'échapper à la condamnation lorsque la preuve positive d'un motif justificatif n'aura pas

été rapportée. D'autre part, il ne peut plus être dérogé, en principe, par accord spécial aux usages locaux et professionnels en ce qui concerne la fixation du délai-congé.

Cette analyse sommaire fait déjà entrevoir que, dans les relations entre employeurs et employés l'élément *arbitraire* a complètement disparu (V. pour l'application du nouveau texte : Trib. civ. de la Seine 23 décembre 1928 *C<sup>ie</sup> générale des voitures c. Cayla D.* hebd. 29. 78). C'est le triomphe de la conception du caractère *statutaire* des relations entre employeurs et employés. La maxime « *hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas* » dont certains auteurs de la tradition pseudo-classique faisaient trop souvent la base de leurs théories abstraites subit une défaite éclatante.

Mais, toutes ces tendances, nous préférons les ramener encore à l'idée objective de la *relativité* des droits plutôt qu'à la conception plus étroite de l'*abus*. A la base de cette évolution, que nous approuvons, en principe, bien qu'elle renferme le danger d'interprétations tendancieuses, il n'y a pas tant la notion d'*abus* que celle d'*utilité sociale*. Nous sommes en présence de tendances qui se surajoutent, en quelque sorte, sans les modifier de fond en comble, aux conceptions traditionnelles du droit privé, dont le fond — nous tenons à le rappeler une fois de plus — reste individualiste. Elles ne s'opposent nullement à notre affirmation d'après laquelle l'activité « capricieuse », *comme telle*, n'est pas absorbée par l'idée de l'*abus*, que beaucoup d'auteurs ont voulu faire servir à des tentatives de « socialisme juridique ».

Selon nous, l'exercice des facultés comprises dans un droit subjectif privé ne constitue pas, à vrai dire, l'exercice d'une *fonction* au sens *juridique* de ce mot. « Le titulaire d'un droit, dit M. RIPERT (*op. cit.*, p. 188), doit en retirer les avantages même si la société en souffre. » Ce droit est, avant tout, destiné à développer l'individualité de son titulaire qui, dans le cadre de l'ordre légal, en apprécie souverainement les exigences propres échappant plus ou moins à la connaissance d'autrui. C'est dans cette activité intéressée, réglementée, dans certains cas, pour des fins d'*utilité sociale*, étrangères à la conception même de l'*abus*, qu'intervient cette dernière pour empêcher que l'exercice du droit ne soit détourné de la satisfaction de ces exigences pour servir à des fins malicieuses.

Ceci dit, il reste, cependant, qu'une parenté certaine existe entre les conceptions qui font dépendre la régularité d'une activité déterminée de la justification d'un motif légitime et la conception de l'*abus*; en ce sens que l'absence de motif légitime autorise très souvent la supposition que l'activité dont il s'agit n'a pu être exercée que dans une intention malicieuse, élément qui est précisément le

critérium essentiel de l'abus tel que nous le comprenons. Nous nous sommes déjà suffisamment expliqué à ce sujet pour qu'il soit inutile d'y revenir.

P. 139 et 140. — Certains auteurs ont relevé qu'avant 1860, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'appréciation de la *légalité* allait bien plus loin que celle du Conseil d'Etat. Ceci est, sans doute, exact. Mais on a voulu voir également dans certains des arrêts rendus par la Cour suprême des cas classiques de répression du détournement de pouvoir. Dans son ouvrage cité plus haut, M. BEURDELEY, reprenant la thèse déjà soutenue par M. ARTUR, affirme que la jurisprudence judiciaire aurait, en quelque sorte, préparé la voie au Conseil d'Etat. A la suite de M. ARTUR, l'auteur cite quelques arrêts de la Cour suprême réprimant, selon lui, le détournement de pouvoir, sans que, d'ailleurs, l'idée même de détournement se fût imposée d'une manière non équivoque. Par ces solutions, la Cour de cassation aurait ainsi joué le rôle de précurseur de la jurisprudence administrative. Il écrit (*op. cit.*, p. 44) : « Ainsi la Cour de cassation a entrevu avant les tribunaux administratifs la notion de détournement de pouvoir, et il est curieux de constater que la Cour de cassation, comme plus tard le Conseil d'Etat, fait dériver cette notion de celle d'incompétence, puisque c'est en cherchant à délimiter les attributions de police de l'administration que la jurisprudence a relevé les premiers exemples de détournement de pouvoir ».

Mais, comme M. BEURDELEY l'indique lui-même, tous ces cas de contrôle du détournement de pouvoir peuvent, et *doivent* même selon nous, être ramenés à des cas de contrôle de la compétence de l'administration, comme, d'ailleurs, la plupart des arrêts du Conseil d'Etat rendus en pareille matière antérieurement à 1860. Il ne faut pas être dupe des formules employées par le juge judiciaire ; à y regarder de plus près, il n'est pas difficile de se convaincre que le détournement de pouvoir au sens propre de ce mot, tel que nous l'entendons, était, alors, bien étranger aux préoccupations de la Cour suprême.

P. 140, note (1). — A remarquer, d'ailleurs, qu'en ce qui concerne les règlements administratifs, le Tribunal des conflits a rendu, en 1923, deux arrêts éminemment critiquables qui paraissent consacrer, d'une manière définitive, la compétence exclusive du juge administratif pour l'appréciation de la légalité de ces règlements, tout en abandonnant leur interprétation au juge judiciaire (Confl. 16 juin 1923 *Septfonds* S. 23.3.49, avec la note de M. HAVRIOU). Il déclare : « L'article 22 de la loi du 13 mars 1875, modifié par la loi du 28 décembre 1888, dispose qu'en temps de guerre le service des



« chemins de fer relève de l'autorité militaire ; aux termes de l'article 19 du règlement sur les transports stratégiques, approuvé par le décret du 8 décembre 1913, le ministre de la guerre autorise, lorsqu'il le juge utile, la reprise partielle ou totale des transports commerciaux ; d'après le décret du 29 octobre 1914, les conditions de délai et de responsabilité dans lesquelles sont effectués les transports commerciaux, y compris les transports de colis postaux autorisés en vertu de l'article 19, précité, du règlement sur les transports stratégiques, seront arrêtées par le ministre de la guerre sur chaque réseau; l'arrêté du 31 mars 1915 a été pris par le ministre de la guerre de concert avec le ministre des travaux publics, en vertu de ces deux textes; s'il constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane, et si, dès lors, à ce titre, il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire et, à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis » (Comp. Confl. 29 juillet 1916 *Vion et fils* S. 17.3.1. avec la note de M. HAURIOU, arrêt qui écarte la compétence judiciaire pour l'appréciation de la légalité des ordres de service des commissions militaires de réseaux autorisant, avec stipulation de non-responsabilité pour les transports effectués, la reprise des transports de marchandises et de personnes après la mobilisation, sous prétexte que ces ordres constituaient des actes exceptionnels d'état de guerre ressortissant, comme tels, à la compétence du juge administratif).

P. 144, note (1). — V. encore Marcel BEURDELEY, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'Administration*, Sirey 1928.

P. 249 et 250. — Depuis le décret de déconcentration du 5 novembre 1926, le droit de révocation des gardes champêtres, autrefois réservé au seul préfet, appartient également au sous-préfet (art. 49).

P. 293, note (1). — V., dans le même sens que l'arrêt du 5 janvier 1924, Cons. d'Et. 2 juillet 1926 *sieur Randon et Rimbart*.

P. 303, note (1) *in fine*. — Dans l'arrêt *sieur Claverie* du 8 décembre 1926, le Conseil d'Etat admet que les processions fondées sur les traditions locales peuvent être interdites pour un motif précis tiré de la nécessité actuelle de maintenir l'ordre public.

P. 304. — Dans l'arrêt *abbés Beun et autres* du 4 août 1926, le Conseil d'Etat déclare : « Les requérants n'ont pas établi que les

« processions religieuses qui ont fait l'objet des procès-verbaux de  
 « contravention dressés contre eux soient fondées sur des tradi-  
 « tions locales restées effectivement en usage au moment où l'arrêté  
 « dont la légalité est contestée a été pris ; *dans ces conditions* le  
 « maire a pu légalement, par ledit arrêté, interdire la sortie des  
 « processions sur la voie publique, alors qu'il ne résulte pas de  
 « l'instruction qu'il ait fait usage de ses pouvoirs dans un but  
 autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés ».

P. 308. — Dans le même sens que les arrêts cités en note : Cons. d'Et. 13 juillet 1926 *abbés Fréneau et Ordonneau* ; 6 août 1926 *abbé Didier*.

P. 323, note (3). Cf. enc. Cons. d'Et. 17 novembre 1926 *sieur Alibert*.

P. 365. — Dans la *Documentation catholique* [t. 21, col. 686, note (2)], nous relevons un arrêt de la Cour suprême du 13 janvier 1928 qui, dans la matière des manifestations extérieures du culte, écarte une fois de plus (du moins implicitement) la compétence du juge judiciaire pour l'appréciation du détournement de pouvoir. La Cour déclare, notamment, qu'alors même qu'un arrêté municipal interdisant, d'une manière générale, les processions extérieures du culte, ne ferait pas connaître expressément qu'il a été pris dans le but de maintenir l'ordre public, « il ne serait pas moins pris léga-  
 « lement, dès lors que cet *objet* résulterait de la *nature* même de ses  
 dispositions ».

P. 366 et 367. — Le point de vue des auteurs qui déclarent que la Cour de cassation retient le moyen du détournement de pouvoir a été repris récemment dans l'ouvrage, déjà cité, de M. BEURDELEY (*Le dét. de pouv. dans l'int. fin. ou patrim. de l'Adm.*, p. 31 et s.). L'auteur concède d'ailleurs (*op. cit.*, p. 48) que la Cour de cassation applique la théorie « avec une certaine rigidité » en ce qu'elle « hésite à en user avec la souplesse dont le Conseil d'Etat fait preuve ».

P. 379. — Notre point de vue, d'après lequel il n'existe pas, à vrai dire, de théorie judiciaire du détournement de pouvoir, se trouve, nous semble-t-il, encore confirmé dans un arrêt très récent rendu par la Cour de cassation le 9 mars 1929 (*Dall. Hebd.* 1929, p. 236).

Par arrêté du 22 mars 1928, le maire de Coulombs (S.-et-M.) avait interdit la circulation, sur certains chemins vicinaux ordinaires, des véhicules dont le poids total, y compris le chargement, est supérieur à 2 tonnes par essieu; exception était faite pour les véhicules

à usage agricole. Des charretiers poursuivis pour infraction à cet arrêté furent renvoyés des fins de la poursuite par le juge de simple police. Sur pourvoi formé par l'ingénieur des Travaux Publics, la Cour de cassation déclare que s'il appartient au juge de simple police de « s'assurer que la disposition réglementaire dont l'application est requise rentre dans le cadre des attributions de l'autorité « qui l'a édictée, il ne peut déclarer cette disposition illégale et lui « refuser comme telle toute sanction pénale que s'il est établi que « cette disposition réglementaire émane d'une autorité *incompétente* « ou *excède les pouvoirs* de cette autorité ou a été prise par elle en « violation d'une règle positive du droit ».

Sans même chercher à approfondir le sens des dispositions de la mesure d'interdiction, elle admet d'emblée qu'elle tendait « à assurer, dans un intérêt de sécurité publique, la police de la circulation ». « C'est à tort, dit-elle, que le jugement attaqué a déclaré « que l'arrêté critiqué avait été pris dans un intérêt financier et « devait comme tel rester dépourvu de sanction pénale », étant donné qu'aucune des énonciations de l'arrêté ne permettait « de « lui attribuer un tel caractère ». « Les considérations émises dans « son préambule, poursuit la Cour, ne laissent aucun doute sur « son véritable objet : la police dans l'intérêt général de la circulation et de la conservation des voies publiques. » Et la Cour de conclure que « dans de telles conditions, il ne pouvait être fait état « de la lettre du maire de Coulombs invoquée, au jugement, l'inter- « prétation de cette lettre ne pouvant prévaloir contre les termes « mêmes de l'arrêté. »

On voit que la Cour suprême n'attache guère d'importance aux motifs réels déterminant l'activité des agents publics. Ces motifs ne l'intéressent pas. Elle se demande simplement si le règlement de police incriminé dans l'affaire présente bien, *par lui-même*, toutes les apparences d'une mesure relevant de la catégorie légale des mesures de police rentrant dans les attributions de l'agent administratif.

Certes, il paraît facile de faire état de certains termes et de certaines formules de la Cour pour conclure à l'application du *détournement de pouvoir*. Mais, encore une fois, nous ne pouvons nous dégager de l'impression que les auteurs qui se livrent à un pareil raisonnement se laissent induire en erreur par de simples apparences, qu'il suffit de percer, pour saisir toute la différence (de fond) qui sépare la jurisprudence rigide de la Cour de cassation de la jurisprudence souple et avisée du Conseil d'Etat (comp. Cons. d'Et. 27 janvier 1927 *Sucrerie et Raffinerie de Briennon* S. 28.3.84, ci-dessus page 247, en note). Nous nous sommes suffisamment expliqué à ce sujet.

P. 390. — Pour les rapports du détournement de pouvoir avec la théorie de la responsabilité administrative, on pourra consulter l'ouvrage déjà cité de M. BEURDELEY (*op. cit.*, p. 137 et s.).

P. 392, n° 1. — M. BEURDELEY (*op. cit.*, p. 140 et s.) déclare que l'idée de la responsabilité administrative pour dommages causés par des mesures de police entachées de détournement de pouvoir avait déjà été entrevue avant 1900. A l'appui de sa thèse, il cite, notamment, les conclusions présentés par M. LE VASSEUR DE PRÉCOURT dans l'affaire *Larbaud* du 23 juin 1882. Le commissaire du gouvernement déclare en effet : « Toutes les fois qu'un pouvoir « de police a été détourné de l'intérêt public en vue duquel il est « concédé à l'administration pour être appliqué dans un intérêt « privé et fiscal, le détournement de pouvoir entraîne la responsa- « bilité pécuniaire de l'administration » (Cf. égal. Cons. d'Et. 5 décembre 1879 *Laumonnier-Carriol*). Mais, quel que soit le sens et la portée qu'on attribue à cette jurisprudence (cf. à ce sujet les discussions doctrinales mentionnées par M. BEURDELEY), il reste que l'idée d'une réparation s'imposant à l'administration pour dommage causé par la puissance publique à la suite d'un détournement de pouvoir ne s'est réellement affirmée qu'après 1905.

P. 396. — V. enc. Cons. d'Et. 3 décembre 1926 *sieur Boudon* (annulation d'une mesure de suppression d'emploi qui avait le caractère d'une révocation déguisée motivée par des raisons étrangères au service et allocation d'une indemnité en compensation du préjudice subi).

P. 408. — Une décision analogue aux deux arrêts *Lamiable et Martin et Thiéry* se retrouve dans l'affaire *Sieur Pingault* du 12 novembre 1926.

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

cités dans l'ouvrage

Juridiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
Cons. d'Et.	<b>1808</b> 22 janv.	<i>Hours</i>	cité dans ARTUR, <i>Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions</i> , Rev. dr. p. 1903, II, p. 464.	p. 157, n. 1
Cass.-crim.	<b>1810</b> 3 août	<i>Habitants de la Rochelle</i>	S. 09/II.1.224.	p. 139
Cons. d'Et.	<b>1822</b> 1 <sup>er</sup> mai	<i>Laffitte</i>	Rec. p. 202.	p. 436
Cons. d'Et.	<b>1838</b> 5 déc.	<i>duchesse de Saint-Leu</i>	Rec. p. 229; S. 39.2.552.	p. 436
Cons. d'Et.	<b>1845</b> 30 août	<i>C<sup>ie</sup> d'assurances La Minerve.</i>	Rec. p. 459; D. 46.3.35.	p. 157, n. 1
Cons. d'Et.	<b>1846</b> 12 mai	<i>Peigné</i>	Rec. p. 277; D. 47.3.19.	p. 157, n. 1
Cons. d'Et.	12 mai	<i>Hospices de Tonnerre</i>	Rec. p. 279; D. 46.3.168.	p. 157, n. 1
Cons. d'Et.	<b>1852</b> 18 juin	<i>famille d'Orléans.</i>	Rec. p. 252; S. 52.2.307.	p. 436
Colmar	<b>1855</b> 2 mai	<i>Doerr c. Keller.</i>	S. 25.1.219 note (a).	p. 102, n. 1
Trib. civ. Seine	<b>1863</b> 20 mai	<i>duc d'Aumale et Michel Lévy c. préfet de police.</i>	D. 66.1.49 avec la note de M. THIERCELIN.	p. 437, n. 1
Cons. d'Et.	<b>1864</b> 25 fév.	<i>Lesbats.</i>	Rec. p. 209; S. 64.2.307 avec les concl. de M. L'HÔPITAL.	p. 161, 162 n. 1
Cons. d'Et. Paris	14 avr. 16 juill.	<i>Laville.</i> <i>duc d'Aumale et Michel Lévy c. préfet de police.</i>	Rec. p. 541. D. 66.1.49 avec la note de M. THIERCELIN.	p. 315 p. 437, n. 1
Cass.-crim.	25 août	<i>Lesbats.</i>	S. 64.1.516.	p. 201, n. 1
Cass.-crim.	12 nov.	<i>Stréby</i>	S. 66.1.271	p. 201, n. 1

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

idiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
. d'Et.	<b>1865</b> 7 juin	Lesbats	Rec. p. 624; S. 65.2. 218	p. 161, 163 en note
-req.	15 nov.	duc d'Aumale et Michel Lévy c. préfet de police.	D. 66.1.49 avec la note de M. THIERCELIN.	p. 437, n. 1
. d'Et.	<b>1867</b> 9 mai	duc d'Aumale et Lévy	Rec. p. 472; S. 67.2. 124, avec les concl. de M. Aucoc.	p. 436
-crim.	<b>1869</b> 12 juin	Billard	S. 70.1.143	p. 201
. d'Et.	<b>1870</b> 2 août	Bouchardon	Rec. p. 970; S. 72.2. 288	p. 165
l.	<b>1873</b> 8 fév.	Blanco	Rec. p. 61 (1 <sup>er</sup> suppl.); S. 73.2.153, avec les concl. de M. DAVID.	p. 391, n. 2
de la ne.	19 fév.	prince Jérôme Napoléon	S. 76.2.300	p. 443
. d'Et. -crim.	<b>1874</b> 10 juill. 21 août	de Grandmaison Pariset	Rec. p. 677 S. 75.1.483	p. 159, n. 1 p. 205, 373 en note
. d'Et.	<b>1875</b> 19 fév.	prince Napoléon	Rec. p. 155 avec les concl. de M. DAVID; S. 75.2.95	p. 437
. d'Et.	26 nov.	Laumonnier-Carriol	Rec. p. 934; S. 77.2. 311	p. 167
. d'Et.	26 nov.	Pariset	Rec. p. 934; S. 77.2. 311	p. 168, n. 1
. d'Et.	<b>1876</b> 29 janv.	prince Jérôme Napoléon	S. 76.2.297	p. 444
. d'Et.	<b>1878</b> 29 nov.	Dehaynin	Rec. p. 959; S. 80.2. 155	p. 212
. d'Et.	<b>1879</b> 5 déc.	Laumonnier-Carriol	Rec. p. 768	p. 480 add.
. d'Et.	<b>1880</b> 19 mars	Compagnie centrale du gaz	Rec. p. 333; S. 81.3. 67	p. 212, n. 2
l.	4 nov.	Marquigny	Rec. p. 801. S. 81.3.81, avec les concl. de M. RONJAT.	p. 438, n. 2
l.	5 nov.	Bouffier	Rec. p. 801; S. 81.3. 81 avec les concl. de M. GOMEL.	p. 437

Jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
Cass.-crim.	<b>1880</b> 24 déc.	<i>Le Moal</i>	S. 81.1.435	p. 199
Cons. d'Et.	<b>1882</b> 23 juin	<i>Larbaud</i>	Rec. p. 604, avec les concl. de M. LE VASSEUR DE PRÉCOURT	p. 480, add.
Cons. d'Et.	<b>1883</b> 14 déc.	<i>Lequeux</i>	Rec. p. 908; S. 85.3.65	p. 158, n. 2
Cons. d'Et.	<b>1884</b> 14 mars	<i>Michel Morphy</i>	Rec. p. 215, avec les concl. de M. LE VASSEUR DE PRÉCOURT	p. 373 en note
Cass.-crim.	<b>1885</b> 10 janv.	<i>Cunéo d'Ornano</i>	S. 85.1.89	p. 444
Cons. d'Et.	13 fév.	<i>Laffitte</i>	Rec. p. 169	p. 158, n. 2
Cons. d'Et.	6 mars	<i>Bonhomme</i>	Rec. p. 266; S. 86.3.56	p. 210, n. 2
Cons. d'Et.	<b>1886</b> 19 mars	<i>Barat-Oudot</i>	Rec. p. 248	p. 315
Cons. d'Et.	2 avril	<i>Fontenaud</i>	Rec. p. 295; S. 88.3.3.	p. 439, n. 1
Cons. d'Et.	11 juin	<i>Lasserre</i>	Rec. p. 525; S. 88.3.20	p. 288
Cons. d'Et.	<b>1887</b> 20 mai	<i>prince d'Orléans</i>	Rec. p. 409; S. 89.3.19, avec les concl. de M. MARGUERIE.	p. 438
Cons. d'Et.	20 mai	<i>duc d'Aumale</i>	Rec. p. 418; S. 89.3.19	p. 438
Cass.-crim.	12 nov.	<i>Cadieu</i>	S. 88.1.137	p. 195
Cons. d'Et.	2 déc.	<i>Union musicale de Rugles</i>	Rec. p. 755; S. 89.3.55	p. 176
Cons. d'Et.	<b>1888</b> 3 févr.	<i>Buisson</i>	Rec. p. 109	p. 159 en note
Cons. d'Et.	7 déc.	<i>Ponthas</i>	Rec. p. 920; S. 90.3.69, avec les concl. de M. GAUWAIN	p. 164
Cons. d'Et.	<b>1889</b> 1 <sup>er</sup> fév.	<i>Gléna</i>	Rec. p. 130; S. 91.3.8	p. 439, n. 1
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> fév.	<i>Sailhol</i>	Rec. p. 118; S. 91.3.8 avec les concl. de M. GAUWAIN.	p. 439, n. 1
Cons. d'Et.	8 fév.	<i>Thorraud</i>	Rec. p. 163; D. 90.3.51	p. 213
Cass.-crim.	23 fév.	<i>Rendu</i>	S. 89.1.344	p. 203
Cass.-crim.	9 mars	<i>Camus</i>	S. 90.1.189	p. 201

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

Idiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1889</b>			
l.	25 mars	Dufeuille	Rec. p. 144; S. 91.3.32	p. 439
fl.	25 mars	Usannaz-Joris	Rec. p. 411; S. 91.3.32 avec les concl. de M. MARGUERIE	p. 439, n. 1
s. d'Et.	5 avril	Soc. philharmonique de Marans	Rec. p. 458; S. 91.3.48	p. 176, n. 1, 196, n. 1
s.-crim.	11 avril	Quoniam et autres	S. 89.1.492	p. 195
s.-crim.	19 juill.	Trémet	S. 90.1.190	p. 201, n. 1
s. d'Et.	9 août	Roblin	Rec. p. 959; S. 92.3.3	p. 166
s. d'Et.	13 déc.	Cadot	Rec. p. 1148; S. 92.3.17	p. 393
	<b>1890</b>			
s.-crim.	31 janv.	Bournac	S. 92.1.283	p. 200
fl.	15 fév.	Vincent	Rec. p. 183; S. 92.3.71	p. 439, n. 1
s.-crim.	19 avril	Ricard, Gullet et autres	S. 92.1.425	p. 197
s.-crim.	10 juill.	Chevillon et Dano	S. 92.1.46	p. 201, n. 1
s.-crim.	26 juill.	Frébourg	S. 92.1.46	p. 201
s.-crim.	27 déc.	Roussel, Grosdidier et Jaffré	S. 91.1.495	p. 201, n. 1
	<b>1891</b>			
s.-crim.	8 janv.	Syndicat des pharmaciens de la Loire c. Porteret et autres	S. 91.1.509	p. 208, n. 3
ns. d'Et.	18 déc.	Vandelet et Faraud	Rec. p. 754 avec les concl. de M. LE VAVAS SEUR DE PRÉCOURT; S. 93.3.129 avec la note de M. HAURIOU	p. 434, n. 1
ns. d'Et.	26 déc.	Compagnie générale du gaz pour la France et l'étranger	Rec. p. 827; S. 93.3.142	p. 210
	<b>1892</b>			
ns. d'Et.	22 janv.	Maillet	Rec. p. 40	p. 126, n. 1
ns. d'Et.	5 fév.	Syndicat des agriculteurs du Loiret	Rec. p. 103; S. 93.3.157	p. 172, n. 1
ns. d'Et.	29 avril	Wotlling	Rec. p. 412; S. 94.3.33	p. 394
ns. d'Et.	3 juin	Syndicat des bouchers de Bolbec	Rec. p. 514; S. 94.3.54	p. 170, n. 1
ns. d'Et.	25 nov.	Schwalbach	Rec. p. 798; S. 94.3.90	p. 159
	<b>1893</b>			
ns. d'Et.	13 janv.	Poliron	Rec. p. 5; S. 94.3.114	p. 177
ns. d'Et.	27 janv.	Laruelle	Rec. p. 72; S. 94.3.118	p. 159 en note



Jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
Cons. d'Et.	<b>1893</b> 5 mai	<i>Sommelet</i>	Rec. p. 369; S. 95.3.1. avec la note de M. HAURIU	p. 183, n. 3
Cons. d'Et.	9 juin	<i>Thorraud</i>	Rec. p. 458; D. 94.3.64	p. 213, 425 n. 1
Cass.-crim.	27 juill.	<i>Colette</i>	D. 94.1.197	p. 214
Cass.-crim.	29 juill.	<i>Carrière et autres</i>	S. 93.1.491	p. 372 en note
Cass.-crim.	3 août	<i>Raoul Jay</i>	D. 94.1.197	p. 214
Cons. d'Et.	17 nov.	<i>commune de Lavardin</i>	Rec. p. 749; S. 95.3.73. avec la note de M. HAURIU	p. 248 n. 1
	<b>1895</b>			
Cons. d'Et.	9 févr.	<i>Tostain</i>	Rec. p. 150; S. 97.3.89	p. 172
Cons. d'Et.	15 nov.	<i>Tauveron</i>	Rec. p. 706; S. 97.3.145	p. 212 n. 2
Cons. d'Et.	29 nov.	<i>Delubac</i>	Rec. p. 763	p. 167 n. 1
	<b>1896</b>			
Cons. d'Et.	22 mai	<i>Carville et autres</i>	Rec. p. 408; S. 97.3.121. avec la note de M. HAURIU	p. 169, 171, 424 n. 1
Cons. d'Et.	10 juill.	<i>Colette</i>	Rec. p. 562; S. 98.3.93	p. 216
Cons. d'Et.	7 août	<i>Bonnardot</i>	Rec. p. 642; S. 98.3.107	p. 191 n. 1
Cass.-crim.	29 oct.	<i>Bazin et autres</i>	S. 97.1.247	p. 206
Cass.-crim.	28 nov.	<i>Letendre</i>	S. 97.1.303	p. 195
	<b>1898</b>			
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> juill.	<i>Brillouin</i>	Rec. p. 498; S. 00.3.87	p. 212
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> juill.	<i>Société La Seynoise</i>	Rec. p. 498; S. 00.3.86	p. 174, 198
Cons. d'Et.	22 juill.	<i>de Beaumont</i>	Rec. p. 569; S. 01.3.11	p. 159 en note
Cons. d'Et.	6 août	<i>Blond</i>	Rec. p. 641; S. 01.3.25	p. 159 en note
	<b>1899</b>			
Cons. d'Et.	13 janv.	<i>Lépreux</i>	Rec. p. 17; S. 00.3.1. avec la note de M. HAURIU	p. 225
Cons. d'Et.	24 févr.	<i>Viaud</i>	Rec. p. 155; S. 99.3.105. avec la note de M. HAURIU	p. 389
Cons. d'Et.	21 avril	<i>Molin et autres</i>	Rec. p. 296; S. 01.3.115	p. 178
Cons. d'Et.	9 juin	<i>Toutain</i>	Rec. p. 421	p. 394
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> déc.	<i>dame veuve Bonduelle</i>	Rec. p. 688	p. 348, n. 1
Cons. d'Et.	15 déc.	<i>Adda</i>	Rec. p. 734	p. 394
	<b>1900</b>			
Cons. d'Et.	4 mai	<i>Pillard</i>	Rec. p. 304; S. 02.3. 84	p. 172
Cons. d'Et.	3 août	<i>Ville de Paris</i>	Rec. p. 535; S. 02.3.41 avec la note de M. HAURIU	p. 183, n. 3

jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1900</b>			
ss.-crim.	25 oct.	<i>Goret</i>	S. 03.1.303	p. 214
ns. d'Et.	16 nov.	<i>Maugras</i>	Rec. p. 617; S. 01.3.57, avec la note de M. HAURIUO	p. 154, n. 1, 178, 180, 417, n. 1.
ns. d'Et.	30 nov.	<i>Viaud</i>	Rec. p. 681; S. 03.3.23	p. 386, n. 2, 388 en note.
ns. d'Et.	21 déc.	<i>Trotin</i>	Rec. p. 804; S. 03.3.57, avec la note de M. HAURIUO	p. 171, 239, n. 3, 424 n. 1.
	<b>1901</b>			
ns. d'Et.	1 <sup>er</sup> févr.	<i>Descroix</i>	Rec. p. 105, S. 01.3.41, avec les concl. de M. ROMIEU et la note de M. HAURIUO	p. 186
ns. d'Et.	22 févr.	<i>commune de Monticello</i>	Rec. p. 207; S. 02.3.57, avec la note de M. HAURIUO	p. 252
ns. d'Et.	22 mars	<i>Pagès</i>	Rec. p. 315; S. 03.3.73	p. 167, n. 1
ns. d'Et.	29 mars	<i>Casanova</i>	S. 01.3.73, avec la note de M. HAURIUO.	p. 187
ns. d'Et.	26 juill.	<i>Daurat-Brun</i>	Rec. p. 690; S. 04.3.76	p. 277
ns. d'Et.	27 déc.	<i>Pécard</i>	Rec. p. 925; S. 02.3.33	p. 216
	<b>1902</b>			
ns. d'Et.	31 janv.	<i>Crazietti</i>	Rec. p. 55; S. 03.3.112, avec la note de M. HAURIUO	p. 180, 280
ns. d'Et.	14 févr.	<i>Lalaque</i>	Rec. p. 106; S. 03.3.97, avec la note de M. HAURIUO	p. 182
ns. d'Et.	6 juin	<i>Goret</i>	Rec. p. 421; S. 03.3.65 avec les concl. de M. ROMIEU et la note de M. HAURIUO.	p. 216, 284 n. 2
	<b>1903</b>			
ns. d'Et.	27 fév.	<i>Zimmermann</i>	Rec. p. 178; S. 05.3.17 avec la note de M. HAURIUO.	p. 105, n. 1, 391 n. 1
ns. d'Et.	13 mars	<i>Blanc</i>	Rec. p. 224	p. 470, n. 2
ns. d'Et.	27 mars	<i>Société mutuelle d'électricité de Neuilly</i>	Rec. p. 273; D. 04.3.88	p. 210
ns. d'Et.	3 avril	<i>Couttenier</i>	Rec. p. 291	p. 470, n. 2
ns. d'Et.	19 juin	<i>Ledochowski</i>	Rec. p. 452; S. 05.3.154	p. 252 en n., 350 n. 1, 388 en note.
ns. d'Et.	11 déc.	<i>Villenave</i>	Rec. p. 767 avec les concl. de M. TEISIER; S. 04.3.121 avec la note de M. HAURIUO	p. 394

Juridiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1904</b>			
Cons. d'Et.	12 fév.	<i>Bachatori</i>	Rec. p. 105	p. 442, n. 1
Cons. d'Et.	12 fév.	<i>Corréard</i>	Rec. p. 109	p. 252 en note.
Cons. d'Et.	5 août	<i>Ravero</i>	Rec. p. 662	p. 442 n. 1
	<b>1905</b>			
Cons. d'Et.	10 fév.	<i>Tomaso Greco</i>	Rec. p. 139; S. 05.3.113 avec la note de M. HAURIU	p. 225, n. 1, 390
Cons. d'Et.	17 fév.	<i>Auxerre</i>	Rec. p. 165; S. 05.3.113 avec la note de M. HAURIU	p. 225, n. 1, 390
Cons. d'Et.	3 mars	<i>Mante</i>	Rec. p. 226	p. 434, n. 1
Cass.-crim.	5 mai	<i>Méresse</i>	S. 08.1.203	p. 357, n. 1, 372 en note.
Cons. d'Et.	2 juin	<i>de Crozals</i>	Rec. p. 493	p. 151, n. 1, 316, n. 1, 317, n. 1
Cons. d'Et.	4 août	<i>Lespinasse</i>	Rec. p. 759; S. 07.3.105 avec les concl. de M. SAINT-PAUL.	p. 233, n. 3, 277
Cons. d'Et.	30 nov.	<i>Bouisson</i>	Rec. p. 808	p. 167, n. 1, 239, n. 1
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> déc.	<i>commune de Brouseval</i>	Rec. p. 892; S. 06.3.117 avec la note de M. HAURIU	p. 254, n. 1
Cons. d'Et.	29 déc.	<i>Delloye</i>	Rec. p. 1009; S. 06.3.113 avec la note de M. HAURIU	p. 294
	<b>1906</b>			
Cons. d'Et.	12 janv.	<i>Vincens</i>	Rec. p. 23; S. 06.3.113, avec la note de M. HAURIU	p. 294
Cons. d'Et.	2 fév.	<i>Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris et des départements</i>	Rec. p. 91, avec les concl. de M. TEISSIER, S. 07.3.1, avec la note de M. HAURIU	p. 259
Cons. d'Et.	23 fév.	<i>Abadie</i>	Rec. p. 193; S. 08.3.60	p. 317, n. 1
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> juin	<i>Alcindor et autres</i>	Rec. p. 516; S. 08.3.138	p. 227
Cons. d'Et.	22 juin	<i>Pauly</i>	Rec. p. 564; S. 07.3.49	p. 395, n. 2
Cass.-crim.	23 nov.	<i>abbé Corcuff</i>	S. 07.1.479	p. 363, n. 1
Cons. d'Et.	30 nov.	<i>Denis</i>	Rec. p. 884; S. 07.3.17, avec la note de M. HAURIU	p. 386
Cons. d'Et.	30 nov.	<i>Jacquin et autres</i>	Rec. p. 862, avec les concl. de M. ROMIEU	p. 129
Cons. d'Et.	30 nov.	<i>Rage-Roblot</i>	Rec. p. 884; S. 07.3.17, avec la note de M. HAURIU	p. 386

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

ction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1907</b>			
d'Et.	18 janv.	<i>Séjourné</i>	Rec. p. 45	p. 280
d'Et.	15 fév.	<i>Lacourte</i>	Rec. p. 156; S. 07.3.49, avec la note de M. HAURIOU	p. 394
crim.	26 avril	<i>abbés Olivier et Rouch</i>	S. 09.1.59	p. 361
d'Et.	17 mai	<i>Société philharmonique de Fumay</i>	Rec. p. 478	p. 294, n. 1
d'Et.	28 juin	<i>Monod</i>	Rec. p. 616	p. 317, 322
d'Et.	22 nov.	<i>La Fraternelle de Beuzeville</i>	Rec. p. 847	p. 233, n. 3
	<b>1908</b>			
d'Et.	8 fév.	<i>abbé Déliard</i>	Rec. p. 127	p. 244, n. 2
crim.	28 fév.	<i>abbés Olivier et Rouch</i>	S. 09.1.59	p. 362
d'Et.	10 avril	<i>sieur Lemmert</i>	Rec. p. 420	p. 280, n. 2
d'Et.	5 juin	<i>Marc</i>	Rec. p. 622; S. 09.3.113, avec les concl. de M. TEISSIER	p. 66, n. 1, 266, n. 1
d'Et.	26 juin	<i>Daraux</i>	Rec. p. 688; S. 09.3.129 avec la note de M. HAURIOU	p. 384
d'Et.	10 juill.	<i>Commune de Randan</i>	Rec. p. 751; S. 10.3.149	p. 255, 424, n. 4
d'Et.	5 août	<i>Morel et autres</i>	Rec. p. 858; S. 09.3.1. avec la note de M. HAURIOU	p. 312, n. 1
d'Et.	5 août	<i>Braux et autres</i>	Rec. p. 867; S. 09.3.1. avec la note de M. HAURIOU	p. 312, n. 1
d'Et.	5 août	<i>Leclercq et Gruson</i>	Rec. p. 866; S. 09.3.1. avec la note de M. HAURIOU	p. 312, n. 1
pol. nerre	8 sept.		S. 09.3.1., en note (2 <sup>e</sup> colonne).	p. 370
crim.	12 déc.	<i>Gascon</i>	S. 09.1.61	p. 356
crim.	19 déc.	<i>Ragot</i>	S. 09.1.57	p. 364
	<b>1909</b>			
d'Et.	8 janv.	<i>Roux</i>	Rec. p. 13	p. 280, n. 2, 350
d'Et.	5 fév.	<i>Lefébure</i>	Rec. p. 141	p. 400, n. 2
d'Et.	19 fév.	<i>Olivier</i>	Rec. p. 181; S. 09.3.34 avec les concl. de M. CHARDENET	p. 298, 310, n. 2, 363.
d'Et.	19 mars	<i>abbé Deguille</i>	Rec. p. 307; S. 09.3.99 avec les concl. de M. SAINT-PAUL	p. 300 en note, 373 en note.
d'Et.	11 juin	<i>Colman</i>	Rec. p. 567	p. 239, n. 1, 346, n. 1
crim.	1 <sup>er</sup> juil.	<i>abbé Debout</i>	S. 10.1.153 avec une note anonyme	p. 380, n. 1

Juridiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1909</b>			
Cons. d'Et.	23 juil.	<i>Fabrègues</i>	Rec. p. 727; S. 11.3.121 avec la note de M. HAURIUO	p. 249
Cons. d'Et.	7 août	<i>Winkell</i>	Rec. p. 826; S. 09.3.145 avec la note de M. HAURIUO	p. 67, n. 1
Cons. d'Et.	24 déc.	<i>Pluchard</i>	Rec. p. 1029; Rev. dr. p. 1910, p. 83	p. 391, n. 1
	<b>1910</b>			
Cass.-crim.	7 janv.	<i>abbé Pire</i>	S. 10.1.472	p. 364
Cons. d'Et.	14 janv.	<i>Rigal</i>	Rec. p. 24; D. 11.3.126	p. 233, n. 3
Cons. d'Et.	21 janv.	<i>Gonot</i>	Rec. p. 49; S. 10.3.36 avec les concl. de M. SAINT-PAUL	p. 235
Cons. d'Et.	11 fév.	<i>Laurent-Champrosay</i>	Rec. p. 116; S. 12.3.100	p. 352
Cons. d'Et.	22 avril	<i>commune de Labastide-St-Pierre</i>	Rec. p. 329; S. 11.3.33, avec la note de M. HAURIUO	p. 254, n. 1
Cons. d'Et.	13 mai	<i>Dessay</i>	Rec. p. 405.	p. 348, n. 1
Cons. d'Et.	27 mai	<i>Congrégation des sœurs franciscaines de Saint-Chinian</i>	Rec. p. 416	p. 290, n. 1, 424, n. 3
Cons. d'Et.	22 juil.	<i>Fabrègues</i>	Rec. p. 606; S. 11.3.121, avec la note de M. HAURIUO	p. 249
Cons. d'Et.	29 juil.	<i>commune de Mont-Sagor</i>	Rec. p. 623; S. 11.3.33, avec la note de M. HAURIUO	p. 256, n. 1
Cons. d'Et.	29 juil.	<i>commune de Saint-Gilles</i>	Rec. p. 652; S. 11.3.33, avec la note de M. HAURIUO	p. 256, n. 1
Cons. d'Et.	6 août	<i>de Maraumont</i>	Rec. p. 717; S. 13.3.36	p. 353
Cons. d'Et.	2 déc.	<i>Syndicat professionnel des marchands forains</i>	Rec. p. 860	p. 245
	<b>1911</b>			
Cons. d'Et.	10 mars	<i>commune de Boujailles</i>	Rec. p. 289; S. 12.3.41, avec la note de M. HAURIUO	p. 424, n. 4
Cons. d'Et.	10 mars	<i>abbé Delméja</i>	Rec. p. 286	p. 301, n. 1
Cons. d'Et.	17 mars	<i>Roubeau</i>	Rec. p. 341	p. 294, n. 1
Cons. d'Et.	31 mars	<i>Argaing</i>	Rec. p. 407; S. 12.3.129 avec la note de M. HAURIUO	p. 395
Cons. d'Et.	31 mars	<i>Blanc</i>	Rec. p. 407; S. 12.3.129 avec la note de M. HAURIUO	p. 395
Cons. d'Et.	31 mars	<i>Bézie</i>	Rec. p. 407; S. 12.3.129 avec la note de M. HAURIUO	p. 395

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1911</b>			
s. d'Et.	8 avril	David	Rec. p. 460; S. 13.3.153, avec les concl. de M. CORNEILLE	p. 300
s. d'Et.	12 mai	Fontaine	Rec. p. 562	p. 395, n. 2
s. d'Et.	12 mai	Bergès	Rec. p. 578	p. 280, n. 2, 351, n. 1
s. d'Et.	12 mai	abbé Bourguignon	Rec. p. 559; S. 13.3.153	p. 300 en note.
fl.	25 mai	Rouzier	Rec. p. 392; S. 11.3.105, avec les concl. de M. CHARDENET et la note de M. HAURIUO.	p. 442, n. 1
s.-crim.	6 juil.	demoiselle Maraval	S. 14.1.422	p. 358, 372 en note
ns. d'Et.	21 juill.	congrégation des Filles du Saint-Esprit à Saint-Brieuc	Rec. p. 860	p. 290, n. 1
ns. d'Et.	28 juill.	Guéland	Rec. p. 925	p. 395, n. 2
ns. d'Et.	10 nov.	commune de Saint-Blancard	Rec. p. 1088; S. 12.3.1, avec la note de M. HAURIUO	p. 254, n. 1
ns. d'Et.	24 nov.	Gendre	Rec. p. 1091	p. 395, n. 2
ns. d'Et.	15 déc.	de la Celle et autres	Rec. p. 1199	p. 305, n. 1
ns. d'Et.	22 déc.	commune de Dun-sur-Auron	Rec. p. 1227	p. 253
	<b>1912</b>			
ns. d'Et.	12 janv.	Létard	Rec. p. 39	p. 396
ns. d'Et.	1 <sup>er</sup> mars	Tichit	Rec. p. 303; S. 13.3.137, avec la note de M. HAURIUO	p. 67, n. 1
ns. d'Et.	8 mars	Lafage	Rec. p. 353, avec les concl. de M. PICHAT; S. 13.3.1, avec la note de M. HAURIUO	p. 467, n. 2
ns. d'Et.	22 mars	Le Moign	Rec. p. 414; S. 13.3.105, avec la note de M. HAURIUO	p. 294, n. 1
ss.-crim.	3 mai	Solignac	S. 14.1.420	p. 358
ns. d'Et.	10 mai	Ambrosini	Rec. p. 549; S. 12.3.161, avec la note de M. HAURIUO	p. 401
ns. d'Et.	10 mai	Bouleyre	Rec. p. 553; S. 12.3.145, avec la note de M. HAURIUO; Rev. dr. p. 1912, p. 453, avec les concl. de M. HELBRONNER	p. 282, 424, n. 3
ns. d'Et.	28 juin	Boisselet	Rec. p. 740; S. 17.3.9	p. 326, en note

Jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1912</b>			
Cons. d'Et.	29 nov.	<i>commune de Cléry</i>	Rec. p. 1115	p. 253
Cons. d'Et.	13 déc.	<i>commune de Montlaur</i>	Rec. p. 1194; D. 16.3.65	p. 254 n. 1
	<b>1913</b>			
Cons. d'Et.	11 avril	<i>Compagnie des tramways de l'Est parisien</i>	Rec. p. 394; S. 14.3.113, avec la note de M. HAURIOU	p. 284, 388 en note.
Cons. d'Et.	21 mai	<i>Société des docks rémois</i>	Rec. p. 550	p. 383, n. 1
Cons. d'Et.	20 juin	<i>Marc</i>	Rec. p. 709	p. 398
Cons. d'Et.	20 juin	<i>Marc</i>	Rec. p. 710	p. 398
Cons. d'Et.	20 juin	<i>Bérenquier</i>	Rec. p. 709	p. 280, n. 2
Cons. d'Et.	31 oct.	<i>Mourguès</i>	Rec. p. 1041	p. 329, n. 1
Cons. d'Et.	14 nov.	<i>Heuzé</i>	Rec. p. 1096; D. 20.3.20	p. 287
Cons. d'Et.	28 nov.	<i>commune de Chambon</i>	Rec. p. 1164	p. 254, n. 1
Cons. d'Et.	28 nov.	<i>Petrolacci</i>	Rec. p. 1161	p. 280, n. 1
	<b>1914</b>			
Cass.-crim.	9 janv.	<i>Carpentier</i>	D. 16.1.184	p. 357
Cons. d'Et.	16 janv.	<i>Merlin</i>	Rec. p. 41	p. 251
Cons. d'Et.	30 janv.	<i>Colomb</i>	Rec. p. 116	p. 147, n. 1, 242
Cons. d'Et.	30 janv.	<i>Magnard</i>	Rec. p. 110; D. 20.3.20	p. 288, n. 1
Cons. d'Et.	6 fév.	<i>dame veuve Barbarin</i>	Rec. p. 157	p. 239, 244, n. 1
Cons. d'Et.	27 fév.	<i>Turmel</i>	Rec. p. 271	p. 294, n. 1
Cons. d'Et.	4 avril	<i>Gomel</i>	Rec. p. 488; S. 17.3.25, avec la note de M. HAURIOU	p. 339
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> mai	<i>abbé Didier</i>	Rec. p. 515; S. 17.3.25, avec la note de M. HAURIOU	p. 302
Cons. d'Et.	8 mai	<i>Rivière</i>	Rec. p. 556	p. 353, n. 1
Cons. d'Et.	22 mai	<i>Legras</i>	Rec. p. 621	p. 244, n. 1
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> août	<i>Wiriot</i>	Rec. p. 1011	p. 340
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> août	<i>Pillot</i>	Rec. p. 1012	p. 340
Cons. d'Et.	29 oct.	<i>Desruelle et Coisne</i>	Rec. p. 1021; D. 20.3.8	p. 373, en note
	<b>1915</b>			
Cons. d'Et.	12 mars	<i>Vandenberg</i>	Rec. p. 69	p. 252, en note
Cons. d'Et.	18 juin	<i>Ponsonnaille</i>	Rec. p. 206	p. 329, n. 2
	<b>1916</b>			
Cons. d'Et.	14 janv.	<i>Assoc. des familles de Gamarde-les-Bains</i>	Rec. p. 30; Rev. dr. p. 1916, p. 53, avec les concl. de M. CORNEILLE	p. 343
Cons. d'Et.	14 janv.	<i>Camino</i>	Rec. p. 15; S. 22.3.10, avec les concl. de M. CORNEILLE	p. 127, n. 1 326 en note; 335, n. 2, 464

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

fiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1916</b>			
d'Et.	24 mars	Quénot	Rec. p. 120	p. 393, en note
d'Et.	7 avril	Astruc	Rec. p. 163; S. 16.3.49, avec la note de M. HAURIOU	p. 264
d'Et.	7 juil.	Moreau	Rec. p. 276	p. 232
d'Et.	7 juil.	Dreifuss	Rec. p. 277; S. 17.3.41, avec la note de M. HAURIOU	p. 292, 471, n. 2.
d'Et.	7 juil.	Lévi	Rec. p. 277; S. 17.3.41, avec la note de M. HAURIOU	p. 123, 292, 471, n. 2
l.	29 juil.	Vion et fils	Rec. p. 338; S. 17.3.1, avec la note de M. HAURIOU	p. 456, 477 add.
d'Et.	11 août	Leguay	Rec. p. 370	p. 123
d'Et.	24 nov.	Fabre	Rec. p. 479	p. 294, n. 1
d'Et.	1 <sup>er</sup> déc.	Pomaret	Rec. p. 498; Rev. dr. p. 1917, p. 100	p. 395, n. 2
	<b>1917</b>			
s. d'Et.	12 janv.	Rézard	Rec. p. 36	p. 250
s. d'Et.	19 janv.	Brémond	Rec. p. 60	p. 233, n. 1, 351 n. 1
s. d'Et.	27 avril	commune de Venoix	Rec. p. 335; S. 23.3.53, avec les concl. de M. BLUM	p. 50, n. 1, 353, 465
s. d'Et.	4 mai	Colonel Lavenir	Rec. p. 356	p. 351, n. 1
s. d'Et.	8 juin	Ville de Cannes c. Rabé	Rec. p. 446; S. 20.3.21, avec la note de M. HAURIOU	p. 239, 393
s. d'Et.	22 juin	Marty, Rapp	Rec. p. 497	p. 395, n. 2
s. d'Et.	10 août	Berthenet c. préfet de Saône-et-Loire	Rec. p. 636; S. 19.3.9, avec les concl. de M. CORNEILLE et la note de M. HAURIOU	p. 313, n. 1, 420, n. 2
s.-crim.	24 oct.	Guillon c. préfet de la Seine	S. 18/19.1.193	p. 369, n. 1
s.-crim.	3 nov.	Réault	S. 17.1.145, avec la note de M. ROUX	p. 455, n. 2
	<b>1918</b>			
1s. d'Et.	4 janv.	du Graty	Rec. p. 5	p. 442, n. 1
1s. d'Et.	15 fév.	Gervais	Rec. p. 153	p. 458, n. 1
1s. d'Et.	22 fév.	Congrégation des sœurs hospitalières de Lyon	Rec. p. 186	p. 292, n. 1, 327
1s. d'Et.	22 fév.	Cochet d'Hattecourt	S. 21.3.9, avec la note de M. HAURIOU	p. 294, n. 1
1s. d'Et.	19 avril	Chapelon	Rec. p. 343	p. 261
1s. d'Et.	3 mai	Schneider	Rec. p. 410	p. 269



Jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1918</b>			
Cons. d'Et.	28 juin	Heyriès	Rec. p. 651; S. 22.3.49, avec la note de M. HAURIU	p. 446
Cons. d'Et.	5 juil.	Société la Cécilienne	Rec. p. 666	p. 234
Cons. d'Et.	5 juil.	Gérard	Rec. p. 665	p. 327, n. 1, 328, 335 n. 1, 427, n. 1, 464
Cons. d'Et.	5 juil.	général de Noué	Rec. p. 660	p. 328
Cons. d'Et.	5 juil.	Leclercq et autres	Rec. p. 666	p. 234, n. 1
Cons. d'Et.	2 août	Bouis	Rec. p. 801	p. 250
Cons. d'Et.	25 oct.	Desreumeaux	Rec. p. 931	p. 347
Cons. d'Et.	15 nov.	Société d'assurance mutuelle de Paris	Rec. p. 1000	p. 340
	<b>1919</b>			
Cons. d'Et.	7 fév.	Cazade	Rec. p. 134	p. 233 n. 1, 351 n. 1
Cass.-crim.	21 fév.	Rebeyrat	S. 21.1.191	p. 372, en note
Cons. d'Et.	28 mars	Regnault-Desroziers	Rec. p. 329; S. 19.3.25, avec la note de M. HAURIU	p. 400
Cass.-crim.	3 avril	Genty et Clergue	D. 19.1.41, avec la note signée P. M.	p. 378, n. 1
Cons. d'Et.	16 mai	commune de Montjoie	Rec. p. 428	p. 254, n. 1
Cons. d'Et.	28 nov.	Dhers	Rec. p. 860	p. 280, n. 2, 350
	<b>1920</b>			
Cons. d'Et.	23 janv.	Guillemette	Rec. p. 89	p. 347
Cons. d'Et.	23 janv.	Chanudet	Rec. p. 73	p. 306
Cons. d'Et.	30 janv.	dame Barrachin	Rec. p. 116	p. 233, n. 1, 351, n. 1
Cons. d'Et.	20 fév.	Schmidt	Rec. p. 195	p. 351
Cons. d'Et.	26 mars	Petrucci	Rec. p. 326	p. 347
Cons. d'Et.	26 mars	Tramini	Rec. p. 333	p. 393, n. 2
Cons. d'Et.	7 mai	général Guyot d'Asnières de Salins	Rec. p. 447	p. 418
Cons. d'Et.	7 mai	général Tatin	Rec. p. 447	p. 418
Cons. d'Et.	14 mai	syndicat patronal de la boulangerie de Paris	Rec. p. 499	p. 447, n. 1
Cons. d'Et.	21 mai	Colas	Rec. p. 532	p. 402, n. 1
Cons. d'Et.	9 juin	Compagnie des tramways de l'Est parisien	Rec. p. 565; S. 24.3.64	p. 285
Cons. d'Et.	11 juin	Reznicek	Rec. p. 570	p. 352
Cons. d'Et.	25 juin	Préfet de la Savoie	Rec. p. 631; S. 22.3.57, avec la note de M. HAURIU	p. 426, n. 1
Cons. d'Et.	29 oct.	Grégoire	Rec. p. 882	p. 320, n. 1
Cons. d'Et.	19 nov.	Delorme	Rec. p. 972	p. 351, n. 1

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1921</b>			
s. d'Et.	14 janv.	Rabé	Rec. p. 48	p. 393, 396
s. d'Et.	21 janv.	Séi	Rec. p. 75	p. 320, n. 1
s. d'Et.	21 janv.	Syndicat des agents généraux des compagnies d'assurances du territoire de Belfort	Rec. p. 82; S. 21.3.33, avec les concl. de M. CORNEILLE et la note de M. HAURIU	p. 264
s. d'Et.	4 févr.	Compagnie du Bourbonnais	Rec. p. 148; S. 24.3.64	p. 285, 387, n. 1
s. d'Et.	18 févr.	dame Leducq	Rec. p. 194	p. 290, 327, n. 1, 335 n. 1
s. d'Et.	18 févr.	Poignant et autres	Rec. p. 189	p. 304
s. d'Et.	25 févr.	Société le Centre électrique	Rec. p. 233	p. 451, n. 1
s. d'Et.	4 mars	Chauvelon	Rec. p. 248	p. 447, n. 1
s. d'Et.	18 mars	dame Vve Vallecalle	Rec. p. 336; S. 24.3.66	p. 288
s. d'Et.	22 avril	Leloutre	Rec. p. 381; S. 23.3.25, avec la note de M. HAURIU	p. 292, n. 2, 471
s. d'Et.	29 avril	Société Premier et Henry	Rec. p. 424; S. 23.3.41, avec la note de M. HAURIU	p. 400, n. 1
s. d'Et.	6 mai	Compagnie des omnibus et tramways de Lyon	Rec. p. 455; Rev. dr. p. 1921, p. 520, avec les concl. de M. CORNEILLE	p. 147, n. 2, 244
s. d'Et.	10 juin	Poirier	Rec. p. 557; Doc. cath. 1921, t. 6, p. 26 et s., avec les concl. de M. CORNEILLE	p. 306, 425, n. 2
s. d'Et.	10 juin	ville de Montbrison	Rec. p. 556	p. 254, n. 1
s. d'Et.	24 juin	Bouis	Rec. p. 620	p. 251
s. d'Et.	8 juill.	Dadolle	Rec. p. 683; S. 25.3.6	p. 416, n. 1
s. d'Et.	5 août	Constantin, Berthon et autres	Rec. p. 820	p. 311
s. d'Et.	8 août	sieur Rabé	Rec. p. 843	p. 241
s. d'Et.	18 nov.	Saltzmann	Rec. p. 947; S. 24.3.8	p. 404, 471
s. d'Et.	18 nov.	Société l'Etoile de St-Hilaire	Rec. p. 951	p. 234
s. d'Et.	25 nov.	Philipon	Rec. p. 979; D. 22.3.25, avec la note de M. TROTABAS	p. 451, n. 2
s. d'Et.	25 nov.	Niveleau et autres	Rec. p. 974; S. 23.3.17, avec les concl. de M. CORNEILLE et la note de M. HAURIU	p. 235, 417, n. 1
s. d'Et.	9 déc.	commune de Parisot	Rec. p. 1031	p. 373, en note

Jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
Cons. d'Et.	<b>1921</b> 23 déc.	<i>Union départementale des assureurs du Nord</i>	Rec. p. 1100	p. 264
Cons. d'Et.	30 déc.	<i>Gauvin</i>	Rec. p. 1125	p. 308, 425, n. 2
Cons. d'Et.	<b>1922</b> 6 janv.	<i>Népoty</i>	Rec. p. 18	p. 458, n. 1
Cons. d'Et.	6 janv.	<i>commune de Perquie</i>	Rec. p. 14; S. 25.3.39	p. 254, n. 1
Cons. d'Et.	20 janv.	<i>Trépont</i>	Rec. p. 65; Rev. dr. p. 1922, p. 81, avec les concl. de M. RIVET	p. 318, 322, 329, 470, n. 3
Cass.-crim.	28 janv.	<i>abbé Marjot</i>	S. 22.1.334	p. 372, en note
Cons. d'Et.	12 fév.	<i>sieur Garbal</i>	Rec. p. 146	p. 396
Cass.-civ.	14 fév.	<i>Chemin de fer P.L.M. c. Guichard-Pothéret et fils</i>	S. 22.1.241, avec la note de M. DUGUIT	p. 436
Cons. d'Et.	24 mars	<i>Salin</i>	Rev. dr. p., 1923, p. 53 et s., avec les concl. de M. RIVET	p. 341
Cons. d'Et.	24 mars	<i>Lévy et Michel</i>	Rec. p. 281; Rev. dr. p., 1923, p. 43 et s., avec les concl. de M. RIVET	p. 341
Cons. d'Et.	24 mars	<i>Chambre syndicale des fabricants d'eaux gazeuses de Paris</i>	Rec. p. 256; Rev. dr. p., 1922, p. 247	p. 36
Cons. d'Et.	5 mai	<i>Vandendriessche</i>	Rec. p. 402	p. 352
Cons. d'Et.	2 juin	<i>de Poorter</i>	Rec. p. 498	p. 434, n. 1
Cons. d'Et.	30 juin	<i>Lamiable et autres</i>	Rec. p. 561; S. 22.3.25, avec la note de M. HAURIU	p. 405
Cons. d'Et.	21 juil.	<i>Bonnet</i>	Rec. p. 647; S. 25.3.22	p. 427, n. 1, 465, 471, n. 2
Cons. d'Et.	4 août	<i>Compagnie du Bourbonnais</i>	Rec. p. 732; S. 24.3.64	p. 285, 387, n. 1, 388, en note
Cons. d'Et.	3 nov.	<i>Cachet</i>	Rec. p. 790; S. 25.3.9, avec la note de M. HAURIU	p. 255, en note
Cass.-crim.	14 nov.	<i>Cons. Pabot du Chatelard c. époux Léon Hautefort</i>	D. 25.1.145, avec la note de M. JOSSE-RAND	p. 102, n. 1
Cons. d'Et.	15 déc.	<i>Gauvain</i>	Rec. p. 944	p. 309, 425, n. 2
Cons. d'Et.	29 déc.	<i>Froment</i>	Rec. p. 1005	p. 242, 425, n. 2

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

idiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
<b>1923</b>				
s. d'Et. iers	12 janv. 29 janv.	<i>Lebrun</i> <i>Pichon c. Vallès</i>	Rec. p. 31 Gaz. Pal. 23.1.546	p. 312, n. 1 p. 103, en note
s. d'Et.	9 fév.	<i>sieur de Lavalette</i> <i>Mombrun</i>	Rec. p. 136	p. 373, en note
s. d'Et.	23 fév.	<i>Boudin</i>	Rec. p. 177	p. 396
s. d'Et.	9 mars	<i>sieur de la Villes-brune</i>	Rec. p. 234	p. 392, en note
s. d'Et.	9 mars	<i>Assoc. des chefs et rédacteurs de la préfecture de la Seine c. Rodier</i>	Rec. p. 237	p. 258
s. d'Et.	23 mars	<i>Blanchard</i>	Rec. p. 302; S. 25.3.51	p. 322, n. 1, 329
s. d'Et.	23 mars	<i>Mariote</i>	Rec. p. 277; S. 25.3.1, avec la note de M. HAURIU	p. 269, n. 1
s. d'Et.	27 avril	<i>Trottereau, Berthelot et autres</i>	Rec. p. 366	p. 238
s. d'Et.	1 <sup>er</sup> juin	<i>Comp. des forges et aciéries électriques</i> <i>Paul Girod</i>	Rec. p. 433	p. 442, n. 1
fl.	16 juin	<i>Septfonds</i>	Rec. 498; S. 23.3.49, avec la note de M. HAURIU	p. 140, n. 1, 369, 476 add.
ns. d'Et.	27 juil.	<i>Gheusi</i>	Rec. p. 639; Rev. dr. p., 1923, p. 560, avec les concl. de M. MAZERAT	p. 263
ns. d'Et.	10 août	<i>Giros</i>	Rec. p. 684	p. 353, n. 1
ns. d'Et.	21 nov.	<i>sieur Desreumeaux et Déjardin</i>	Rec. p. 738	p. 385, n. 1
ns. d'Et.	28 nov.	<i>maire de Cherbourg</i>	Rec. p. 762; S. 25.3.57	p. 426, n. 1
ns. d'Et.	30 nov.	<i>Couitéas</i>	Rec. p. 789; Rev. dr. p., 1924, p. 75, avec les concl. de M. RIVET; S. 23.3.57, avec la note de M. HAURIU	p. 402, 439, 447, n. 1, 448
ns. d'Et.	7 déc.	<i>Delacou et autres</i>	Rec. p. 819; S. 24.3.66	p. 289
ns. d'Et.	12 déc.	<i>Peysson, Mollaret et Bory</i>	Rec. p. 826; S. 25.3.56	p. 416, n. 1, 425, n. 3
<b>1924</b>				
ns. d'Et.	5 janv.	<i>Compagnie industrielle du gaz et de l'électricité</i>	Rec. p. 17; S. 26.3.33, avec la note de M. HAURIU	p. 293, n. 1, 366, n. 1
ss.-crim.	5 janv.	<i>Rimbert et Randon</i>	D. hebd. 1924.86	p. 366, n. 1, 477 add.
ss.-crim.	26 janv.	<i>Soc. Michelin et autres</i>	D. hebd. 1924.165	p. 376

Juridiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1924</b>			
Cons. d'Et.	29 fév.	<i>Martin et Thiéry</i>	Rec. p. 241; Rev. dr. p., 1924, p. 609	p. 405
Cons. d'Et.	28 mars	<i>sieur Genet et syndicat de la poissonnerie en détail</i>	Rec. p. 347	p. 261, 273
Cass.-crim.	6 juin	<i>Beaugé</i>	Gaz. Pal. 24.2.231	p. 359
Cons. d'Et.	4 juill.	<i>Beaugé</i>	Rec. p. 641; Gaz. Pal. 24.2.236	p. 37, n. 2, 239, n. 4, 359, 425, n. 1
Cons. d'Et.	4 juil.	<i>abbé Guertlé</i>	Rec. p. 640; S. 25.3.66	p. 312, n. 2
Cons. d'Et.	31 oct.	<i>Cotte</i>	Rec. p. 839; Rev. dr. p., 1924, p. 597, avec les concl. de M. RIVET	p. 440, 469
Cons. d'Et.	7 nov.	<i>Club indépendant sportif du Châlonnais</i>	Rec. p. 863; S. 26.3.4	p. 43, n. 1
Cass.-req.	24 nov.	<i>Soc. ardéchoise soie de viscose c. Delubac</i>	S. 25.1.217, avec la note de M. BRËTÈRE	p. 105, en note
Cons. d'Et.	17 déc.	<i>Delaigne</i>	Rec. p. 1024	p. 418
	<b>1925</b>			
Cons. d'Et.	6 fév.	<i>Syndicat des armateurs à la pêche de Dieppe et du Tréport</i>	Rec. p. 125	p. 239, n. 3
Cons. d'Et.	7 fév.	<i>Vve Espitalier</i>	Rec. p. 135; S. 27.3.105, avec la note de M. HAURIU	p. 392, en note
Cons. d'Et.	14 fév.	<i>Albertini</i>	Rec. p. 155	p. 414, n. 1
Cons. d'Et.	13 mars	<i>Clef</i>	Rec. p. 266; S. 26.3.37	p. 392, en note
Cons. d'Et.	27 mars	<i>Mariani</i>	Rec. p. 341; S. 27.3.57, avec la note de M. HAURIU	p. 348
Trib. de commerce de la Seine	11 juin	<i>Chemin de fer du Midi c. Vve Rougier et fils</i>	Gaz. Pal. 25.2.411	p. 104, en note
Poitiers	25 juin	<i>Epoux Devineau c. Vve Salver et Leveillé</i>	Gaz. Pal. 25.2.568	p. 104, en note
Cons. d'Et.	3 juil.	<i>de Mestral</i>	Rec. p. 638; S. 27.3.2, avec les concl. de M. CAHEN-SALVADOR; D. 26.3.17, avec la note de M. TROTARAS.	p. 468, en note

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1925</b>			
ns. d'Et.	17 juil.	<i>Assoc. amicale du personnel de la Banque de France</i>	Rec. p. 690; S. 25.3.33, avec la note de M. HAURIU	p. 44 en note, p. 110 n. 1
ns. d'Et.	6 août	<i>Pelletier</i>	Rec. p. 810	p. 304, n. 1, 424, n. 2
ns. d'Et.	4 déc.	<i>Colrat</i>	Rec. p. 983; S. 28.3.51	p. 352, n. 1
ns. d'Et.	4 déc.	<i>Leroy, Delvally et Bailleul</i>	Rec. p. 982; D. 26.3.6	p. 466, n. 1
ns. d'Et.	4 déc.	<i>Charlon</i>	Rec. p. 972	p. 308, en note, 425 n. 2
ns. d'Et.	26 déc.	<i>Rodière</i>	Rec. p. 1065; Rev. dr. p., 1926, p. 32, avec les concl. de M. CAHEN-SALVADOR	p. 458, n. 1
	<b>1926</b>			
ns. d'Et.	22 janv.	<i>Lefranc</i>	Rec. p. 76; S. 26.3.25, avec la note de M. HAURIU	p. 320, 322, n. 1, 329
ns. d'Et.	27 janv.	<i>Guyot de Villeneuve</i>	Rec. p. 82	p. 270, en note
ns. d'Et.	29 janv.	<i>Société des plâtrières de Bagnolet</i>	Rec. p. 97	p. 246
ns. d'Et.	3 fév.	<i>Société d'exploitation forestière de Paimpont</i>	Rec. p. 114; D. 28.3.48	p. 246, n. 1
ns. d'Et.	10 fév.	<i>Bête</i>	Rec. p. 140	p. 424, n. 5
ns. d'Et.	10 mars	<i>Cocol</i>	Rec. p. 260	p. 351, n. 1, 427, n. 1, 464
ns. d'Et.	20 mars	<i>Grimaud</i>	Rev. dr. p., 1926, p. 258, avec les concl. de M. RIVET.	p. 411
ns. d'Et.	26 mars	<i>Boulonnois</i>	Rec. p. 341; S. 27.3.34	p. 295, en note
ns. d'Et.	28 avril	<i>Commune de Muids</i>	Rec. p. 414	p. 270, en note
ns. d'Et.	7 mai	<i>Sourisse</i>	Rec. p. 461; S. 26.3.41, avec la note de M. HAURIU	p. 37, 156, 373, en note
ns. d'Et.	11 juin	<i>Raynaud</i>	Rec. p. 591; Rev. dr. p., 1926, p. 697, avec les concl. de M. RIVET	p. 263
ns. d'Et.	18 juin	<i>Rodière</i>	Rec. p. 624; Rev. dr. p., 1926, p. 688, avec les concl. de M. CAHEN-SALVADOR	p. 418, 420, 451, n. 2
ns. d'Et.	2 juill.	<i>Rimbert et Randon</i>	Rec. p. 677	p. 477 add.
ns. d'Et.	13 juill.	<i>abbés Fréneau et Ordonneau</i>	Rec. p. 736	p. 478, add.
ns. d'Et.	16 juill.	<i>Trésallet</i>	Rec. p. 751; D. hebd. 27.8.	p. 393

Jurisdiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
	<b>1926</b>			
Cons. d'Et.	4 août	abbés Beun et autres	Rec. p. 849	p. 477 add.
Cons. d'Et.	6 août	abbé Didier.	Rec. p. 862	p. 478 add.
Cass.-crim.	6 nov.	de Lavalette-Montbrun	Doc. cath., t. 21, col. 688, n. 1	p. 373, en note
Cons. d'Et.	12 nov.	Pingault	Rec. p. 958	p. 480 add.
Cons. d'Et.	17 nov.	Alibert	Rec. p. 982	p. 478 add.
Cons. d'Et.	19 nov.	ville de Strasbourg	Rec. p. 989; Rev. dr. p., 1927, p. 222, avec les concl. de M. CAHEN-SALVADOR	p. 339, n. 1 349
Cons. d'Et.	19 nov.	Monzat	Rec. p. 1002; Rev. dr. p. 1927, p. 77, avec les concl. de M. CAHEN-SALVADOR	p. 256, 419, 424, n. 4
Cons. d'Et.	19 nov.	Gervais	Rec. p. 994; Rev. dr. p. 1927, p. 225, avec les concl. de M. CAHEN-SALVADOR	p. 238
Cons. d'Et.	3 déc.	Boudon	Rec. p. 1050	p. 480, add.
Cons. d'Et.	8 déc.	Claverie	Rec. p. 1073	p. 477 add.
Cons. d'Et.	15 déc.	Taran	Rec. p. 1106; S. 27.3.7	p. 242
Cons. d'Et.	24 déc.	Walther	S. 27.3.35	p. 402, n. 1
	<b>1927</b>			
Cons. d'Et.	14 janv.	Delaty et Catalifaud	S. 27.3.92	p. 313, en n.
Cons. d'Et.	27 janv.	Sucrerie et raffinerie de Briennon	S. 28.3.84	p. 247, en n. 479 add.
Cons. d'Et.	18 mars	Renou, Bizet et autres	S. 27.3.51	p. 418
Cons. d'Et.	6 avril	abbé Paoli	D. 28.3.17, avec la note de M. BEUDANT	p. 254, n. 1
Cons. d'Et.	7 mai	Lelong et Moranvillé	D. 28.3.1 avec la note de M. APPLETON	p. 389, n. 2
Cons. d'Et.	13 mai	Carrier et autres	D. 28.3.9, avec la note de M. J.-J. CHEVALIER	p. 37
Cons. d'Et.	1 <sup>er</sup> juill.	Demoreuil	S. 27.3.105, avec la note de M. HAURIUO; D. 28.3.21, avec la note de M. TROTARAS	p. 392, en note
Cons. d'Et.	20 juill.	Lépron	Doc. cath., t. 19, col. 536	p. 308, en note
Cass.-crim.	23 juill.	Despujol	D. 28.1.53, avec la note de M. WALINE	p. 360, n. 1
Cons. d'Et.	12 nov.	Bellescize	D. 28.3.48; S. 28.3.40	p. 247, en note, 424, n. 5
Cons. d'Et.	25 nov.	Société des établissements Arbel	S. 28.3.17, avec les concl. de M. LA-TOURNERIE et la note de M. HAURIUO	p. 268, 269

TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS

fiction	Date	Noms des parties	Références	Renvoi aux pages de l'ouvrage
d'Et.	<b>1927</b> 23 déc.	<i>Dlle Lucien et autres</i>	S. 28.3.53	p. 312, n. 2
crim.	<b>1928</b> 13 janv.	<i>Florens</i>	Doc. cath., t. 21, col. p. 686, note 2	p. 478 add.
d'Et.	13 janv.	<i>Taris</i>	D. hebd. 28.139	p. 239, n. 3, 360
d'Et.	20 janv.	<i>Nières</i>	D. hebd. 28.228	p. 253
d'Et.	20 janv.	<i>Esquieu</i>	S. 28.3.49, avec la note de M. HAURIQU	p. 326, en note
d'Et.	25 janv.	<i>Lannelongue</i>	<i>L'Union des Fonctionnaires</i> , 15 fév. 1928.	p. 466
d'Et.	17 fév.	<i>Mathey</i>	D. hebd. 28.227	p. 351, n. 1
d'Et.	25 fév.	<i>commune de Montfaucou-en-Velay</i>	S. 28.3.103	p. 255, en note
crim.	8 mars	<i>Salled et autres</i>	D. hebd. 28.239	p. 360
d'Et.	4 mai	<i>Beau et autres</i>	S. 28.3.104	p. 239, n. 2
d'Et.	5 mai	<i>Pimbert</i>	Doc. cath., t. 19, col. 1599	p. 306, n. 1
d'Et.	18 mai	<i>Laurens</i>	Rev. dr. p., 1928, p. 517 avec les concl. de M. RIVET	p. 360, n. 1
d'Et.	23 mai	<i>Vieville</i>	D. hebd. 28.387	p. 244, n. 1
d'Et.	25 mai	<i>dame Minereau</i>	D. hebd. 28.421	p. 392, en note
d'Et.	6 juin	<i>Baudin</i>	D. hebd. 28.452	p. 373, en note
d'Et.	15 juin	<i>Ferry</i>	<i>L'Union des Fonctionnaires</i> , 1 <sup>er</sup> et 15 juill. 1928	p. 233, n. 3, 252, en note
crim.	11 juil.	<i>Sargès</i>	D. heb. 28.480	p. 376
d'Et.	13 juil.	<i>Burgeat</i>	D. heb. 28.515	p. 275
d'Et.	1 <sup>er</sup> août	<i>Wauthier</i>	Doc. cath., t. 20, col. 1074	p. 305, en note
d'Et.	31 oct.	<i>Pernot</i>	D. 29.3.1, avec la note de M. Jean APPLETON	p. 392, en note
civ. ine	22 déc.	<i>Cie générale des voitures c. Cayla</i>	D. hebd. 29.78	p. 475 add.
crim.	<b>1929</b> 9 mars	<i>Calis et autres</i>	Dalloz hebdom. 1929, p. 236	p. 478 add.



# TABLE DES MATIÈRES

---

PRÉFACE de M. le Professeur Georges Renard .....	I
AVANT-PROPOS .....	XVII

## INTRODUCTION

### LA FONCTION ADMINISTRATIVE ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

Observations préliminaires .....	1
§ 1 <sup>er</sup> . — <i>Administration publique, puissance publique et fonction administrative</i> .....	2
I. — L'Administration .....	2
II. — Élément autoritaire de l'administration ....	5
III. — Pouvoir et fonction .....	8
IV. — Activité administrative et activité privée ....	11
§ 2. — <i>Le caractère particulier et les éléments propres de l'acte administratif</i> .....	14
I. — Les actes administratifs .....	14
II. — Finalité de l'acte administratif .....	18
III. — Légalité de l'acte administratif .....	20
IV. — Opportunité de l'acte administratif .....	21
V. — Résumé .....	22
§ 3. — <i>Plan de l'étude</i> .....	24

---

## PREMIÈRE PARTIE

### L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE PRINCIPE DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE

#### TITRE UNIQUE

#### **Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et les éléments du contrôle juridictionnel de la moralité administrative**

Division .....	27
CHAPITRE I. — LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION .....	28
SECTION I. — Pouvoir discrétionnaire et autonomie du pouvoir administratif .....	28

I. — Définitions .....	28
II. — Etendue du pouvoir discrétionnaire .....	32
III. — Cas spécial de l'autonomie juridique de l'administration .....	38
IV. — Limites générales du pouvoir discrétionnaire.	39
SECTION II. — Éléments particuliers du pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de la moralité administrative .....	
I. — Remarques préliminaires .....	41
II. — Éléments de la décision exécutoire envisagée sous le rapport de l'objet propre du pouvoir discrétionnaire .....	44
a) Antécédents de la décision exécutoire .....	44
b) Qualification et appréciation juridiques des faits déterminant la décision administrative.	45
c) Attitude de l'administration en présence d'une situation de fait dûment qualifiée .....	46
d) Appréciation du but de la décision administrative .....	49
III. — Etendue du contrôle juridictionnel de la moralité .....	51
CHAPITRE II. — LES ÉLÉMENTS DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE.	
SECTION I. — Le contrôle du but de l'acte administratif.	57
I. — Le contrôle contentieux des fins poursuivies par l'administration .....	57
II. — Le détournement de pouvoir .....	60
SECTION II. — Le contrôle contentieux de l'appréciation des faits se trouvant à la base de l'acte administratif et le contrôle de la décision elle-même (contrôle juridictionnel des motifs de la décision exécutoire) .....	61
I. — Examen de l'erreur de fait et de l'incompétence <i>ratione materiæ</i> .....	61
II. — Examen de la valeur en fait de la décision exécutoire .....	63
III. — L'illégalité légitime .....	66
IV. — Le juge de l'excès de pouvoir n'est pas juge d'appel de la décision exécutoire .....	67

SECTION III. — Le contrôle de la moralité est-il un contrôle de la légalité ? Caractère propre du contrôle de la moralité .....	69
I. — Opinions de la doctrine .....	69
II. — Discussion du caractère juridique du contrôle juridictionnel de la moralité (moralité ou rationalité ?) .....	73
a) Caractère propre de ce contrôle .....	73
b) Emploi du mot « moralité » .....	77
SECTION IV. — La théorie de la responsabilité de la puissance publique et la moralité administrative.	81
 CHAPITRE III. — L'ABUS DU DROIT ET LA THÉORIE DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR .....	 85
SECTION I. — Théorie de l'abus du droit .....	86
I. — Le concept de l'abus .....	87
II. — Les conceptions de MM. Josserand, Brèthe (et Gény). — Le but économique et social. — Critique de ces conceptions .....	93
a) Le motif légitime .....	93
b) L'intérêt légitime .....	96
c) Le but social et économique .....	98
d) Conclusion .....	101
SECTION II. — Abus du droit et détournement de pouvoir.	103
I. — Similitudes entre les deux concepts .....	107
a) L'abus du droit est le détournement de pouvoir du droit privé .....	107
b) Preuve de l'abus et du détournement de pouvoir. ....	110
II. — Différences essentielles .....	111
a) L'abus du droit relevé dans les faits après exécution de la volonté. — Le détournement de pouvoir relevé dans la décision elle-même. ....	111
b) Définition négative du but de l'activité privée. — Pluralité de buts précis s'imposant à l'activité administrative .....	111
c) Actes arbitraires et actes discrétionnaires ....	113
III. — Conclusion .....	114

CHAPITRE IV. — HIÉRARCHIE ADMINISTRATIVE ET CONTRÔLE DE LA MORALITÉ. — MOYENS ADMINISTRATIFS AYANT PRÉPARÉ OU FACILITÉ LE CONTRÔLE DU JUGE .....	119
SECTION I. — La hiérarchie administrative .....	119
I. — Pouvoir et contrôle hiérarchiques .....	120
II. — Différences essentielles entre le contrôle administratif et le contrôle juridictionnel .....	121
SECTION II. — Les motifs de la décision administrative et leur valeur .....	122
I. — Obligation de motiver les décisions exécutives, imposée par la loi .....	122
II. — Contrôle de la valeur des motifs .....	126
III. — Caractère de l'énoncé des motifs .....	129
APPENDICE. — Le contrôle parlementaire .....	130

## DEUXIÈME PARTIE

### SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

#### OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES :

A. — L'effort de la jurisprudence .....	133
B. — Plan .....	134

#### TITRE I

### Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative avant 1864

#### CARACTÈRE GÉNÉRAL DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE AVANT CETTE DATE

I. — Aspect général du contrôle de l'excès de pouvoir avant 1864 .....	136
II. — Attitude du juge judiciaire .....	139
III. — Remarques sur la responsabilité de la puissance publique .....	140

## TITRE II

Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative  
de 1864 à 1905

## OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES :

Développement du recours pour excès de pouvoir. — Plan .. 142

CHAPITRE I. — APPLICATION, PAR LE CONSEIL D'ÉTAT, DE  
LA THÉORIE DU DÉTOURNEMENT DE POU-  
VOIR ..... 144

SECTION I. — Le détournement de pouvoir ..... 144

§ 1<sup>er</sup>. — *Le contrôle du détournement de pouvoir* .... 144

I. — Définitions ..... 144

II. — Mise en œuvre du contrôle du détournement  
de pouvoir ..... 147a) Détermination du but poursuivi par l'auteur  
d'un acte administratif ..... 147b) Contrôle de l'application de la règle de la  
spécialité des fonctions ..... 148

c) Appréciation des motifs de la décision exécutoire ..... 150

III. — Le contrôle du détournement de pouvoir est-il  
un contrôle de la légalité ? ..... 151

a) Généralités ..... 151

b) Conséquence particulière de la distinction  
faite entre l'illégalité et l' « immoralité »  
d'un acte en ce qui concerne son annula-  
tion. .... 155§ 2. — *La limitation du contrôle du détournement de  
pouvoir par la théorie de l'acte discrétionnaire* ..... 157SECTION II. — Solutions du Conseil d'Etat en matière de  
détournement de pouvoir ..... 161§ 1<sup>er</sup>. — *Détournement de pouvoir révélé par le but d'in-  
térêt privé, patrimonial ou fiscal* ..... 161I. — Exercice de pouvoir de police dans un intérêt  
privé ..... 161a) Arrêts *Lesbats* des 25 février 1864 et 7 juin  
1865 ..... 161

b) Arrêt <i>Ponthas</i> du 7 décembre 1888 .....	163
c) Arrêts <i>Bouchardon</i> et <i>Roblin</i> des 2 août 1870 et 9 août 1889 .....	165
II. — Exercice du pouvoir de police en vue de la sauve- garde des intérêts pécuniaires de l'adminis- tration (et de la protection du commerce local) .....	167
a) Arrêts <i>Laumonnier-Carriol</i> et <i>Pariset</i> du 26 novembre 1875 .....	167
b) Arrêt <i>Carville</i> du 22 mai 1896 .....	169
c) Arrêts <i>Tostain</i> , <i>Pillard</i> et <i>Trotin</i> des 9 février 1895, 4 mai et 21 décembre 1900 .....	171
§ 2. — <i>Détournement de pouvoir révélé par le ressenti-       ment personnel ou l'esprit de parti</i> .....	173
a) Arrêt <i>Société La Seynoise</i> du 1 <sup>er</sup> juillet 1898..	174
b) Arrêts <i>Union musicale de Rugles</i> , <i>Potiron</i> , etc... des 2 décembre 1887, 13 janvier 1893, etc... .....	175
§ 3. — <i>Extension du contrôle de la moralité par élimina-       tion progressive de l'acte discrétionnaire</i> ..	178
a) Contrôle du pouvoir disciplinaire .....	178
b) Dissolution de conseils municipaux .....	180
§ 4. — <i>Détournement de procédure</i> .....	182
CHAPITRE II. — LA CENSURE JURIDICTIONNELLE DES EMPIÈTEMENTS DE L'ADMINISTRATION SUR LE DOMAINE RÉSERVÉ A L'ACTIVITÉ PRIVÉE (CARACTÈRE DU CONTRÔLE CONTENTIEUX DE LA COMPÉTENCE « <i>RATIONE MATERIÆ</i> »).	184
I. — Incompétence <i>ratione materiæ</i> et détourne- ment de pouvoir .....	184
II. — Les arrêts <i>Descroix</i> et <i>Casanova</i> .....	186
CHAPITRE III. — LA JURISPRUDENCE JUDICIAIRE ET LE CONTROLE DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR.	192
SECTION I. — L'attitude de l'autorité judiciaire .....	192
SECTION II. — Solutions de la Cour de cassation .....	194
§ 1 <sup>er</sup> . — <i>Sorties de sociétés musicales ou autres sur la voie       publique</i> .....	194

§ 2. — <i>L'intérêt financier et économique</i> .....	199
I. — Solutions d'ensemble .....	199
a) Absence de contrôle du détournement de pouvoir .....	199
b) Examen de cas spéciaux .....	201
II. — Décisions relatives à la fermeture des fabriques d'allumettes à la suite de l'établissement du monopole .....	204
§ 3. — <i>Solutions particulières</i> .....	206
CHAPITRE IV. — SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES INTERVENUES EN MATIÈRE DE PERMISSIONS DE VOIRIE .....	209
§ 1 <sup>er</sup> . — <i>Caractère discrétionnaire des décisions portant octroi de permissions de voirie</i> .....	210
§ 2. — <i>Le retrait des permissions de voirie</i> .....	211
I. — Décisions du Conseil d'Etat .....	211
II. — Attitude de la Cour de cassation .....	213
III. — Décisions particulières du Conseil d'Etat (aff. <i>Goret</i> , etc.) .....	215
IV. — Critique de la jurisprudence. — Conclusion ..	218
CHAPITRE V. — L'IDÉE DE MORALITÉ ET LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE. — CONCLUSION .....	224

## TITRE III

## Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative de 1905 à nos jours

## L'EFFORT DE LA JURISPRUDENCE A PARTIR DE 1905

I. — Généralités .....	227
II. — Plan .....	229
CHAPITRE I. — DÉVELOPPEMENT DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR ET DE L'INCOMPÉTENCE « RATIONE MATERIE ». DISPARITION DE LA THÉORIE DE L'ACTE DISCRÉTIONNAIRE .....	231
SECTION I. — Evolution du contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir .....	232

§ 1. — Formule définitive et critérium général du détournement de pouvoir .....	232
§ 2. — Solutions essentielles données par le Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir..	233
I. — Animosité personnelle et esprit de parti....	233
a) Interdiction de sorties de société sur la voie publique .....	234
b) Police des cimetières .....	235
II. — Les buts d'intérêt privé, d'ordre fiscal et pécuniaire .....	239
a) Protection de concessions dans les cimetières par arrêté de police.....	239
b) Police de la circulation .....	239
c) Interdiction de bals et représentations publiques .....	242
d) Police des cours d'eau .....	242
III. — Empiètement sur la compétence de l'autorité judiciaire. — Gestion du domaine privé par des mesures de police .....	243
a) Règlementation des concessions dans les cimetières .....	243
b) Fermeture d'églises par arrêtés de police ....	244
IV. — Attitude réservée de la jurisprudence .....	244
a) Arrêt <i>Compagnie des omnibus et tramways de Lyon</i> du 6 mai 1921 .....	244
b) Arrêts <i>Syndicat professionnel des marchands forains</i> du 2 décembre 1910 et <i>Sociétés des plâtrières de Bagnolet</i> du 29 janvier 1926, etc. ....	245
§ 3. — Solutions particulières .....	248
I. — Fraude à la loi .....	248
a) Révocations et suppression d'emplois de gardes champêtres .....	249
b) Subventions au culte, etc. ....	253
II. — Usage détourné du pouvoir de tutelle .....	255
III. — Nominations pour ordre .....	256
SECTION II. — Evolution du contrôle de l'incompétence <i>ratione materiae</i> .....	259
§ 1 <sup>er</sup> . — Directives de la jurisprudence récente .....	259
I. — Examen de quelques arrêts du Conseil d'Etat.	259



a) Création de bains et lavoirs publics; vente de poisson par les municipalités .....	259
b) Création de salles de spectacles par les municipalités .....	262
II. — Principes qui se dégagent de ces solutions ..	264
§ 2. — <i>Etat actuel de la question de l'intervention des communes dans le domaine économique</i> ..	267
I. — Examen de quelques cas particuliers .....	267
II. — Les décrets réglementaires de 1926 .....	271
SECTION III. — La disparition de l'acte discrétionnaire ....	276
I. — Adjudications publiques .....	277
II. — Mesures disciplinaires, mutations, licenciements et révocations de fonctionnaires. ....	280
III. — Dissolutions de conseils municipaux. ....	280
IV. — Nominations de fonctionnaires .....	281
V. — Refus de permissions de voirie .....	284
VI. — Suppression d'offices ministériels .....	288
VII. — Dissolution de congrégations religieuses ..	289
VIII. — Retraits de naturalisation .....	292
SECTION IV. — Extension du contrôle de la violation de la loi sous l'influence de la théorie du détournement de pouvoir .....	292
CHAPITRE II. — LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE DE MANIFESTATIONS EXTÉRIEURES DU CULTE .....	296
§ 1 <sup>er</sup> . — <i>Processions et autres manifestations religieuses sur la voie publique</i> .....	297
I. — Convois funèbres, port du viatique et processions proprement dites .....	298
a) Cortèges funèbres, port du viatique .....	298
b) Processions .....	300
II. — Processions traditionnelles .....	301
a) Processions traditionnelles .....	301
b) Arrêt <i>abbé Didier</i> du 1 <sup>er</sup> mai 1914 .....	302
c) Processions autres que celles fondées sur des traditions locales .....	303
III. — Examen de quelques cas particuliers relatifs à l'interdiction de processions autres que celles fondées sur des traditions locales ..	305
§ 2. — <i>Sonneries de cloches. — Conclusion</i> .....	310

CHAPITRE III. — LE PROBLÈME DU CONTRÔLE DIT DE L'ERREUR DE FAIT PAR LE CONSEIL D'ÉTAT STATUANT SUR RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR — CARACTÈRE JURIDIQUE DE CE CONTRÔLE .....	314
SECTION I. — Le contrôle de l'erreur de fait considéré comme cas d'application du contrôle juridictionnel de la moralité administrative ..	316
§ 1 <sup>er</sup> . — <i>Cas spécial des arrêts Monod et Trépont des 28 juin 1907 et 20 janvier 1922</i> .....	317
I. — Les arrêts <i>Monod et Trépont</i> .....	317
a) Arrêt <i>Monod</i> .....	317
b) Arrêt <i>Trépont</i> .....	318
II. — La théorie du <i>fait déterminant, cause juridique</i> , défendue par M. Hauriou .....	320
§ 2. — <i>L'erreur de fait proprement dite</i> .....	325
I. — Arrêts essentiels rendus par le Conseil d'Etat. ....	325
II. — Caractère juridique du contrôle de l'erreur de fait <i>stricto sensu</i> .....	329
III. — Conclusion .....	335
SECTION II. — Cas particuliers de contrôle de la compétence technique .....	337
I. — Question de la discrétionnalité technique... ..	337
II. — Protection des sites et perspectives monumentales .....	339
III. — Neutralité des manuels scolaires .....	342
IV. — Conclusion .....	344
SECTION III. — Les limites du contrôle du fait exercé par le juge de l'excès de pouvoir .....	346
I. — Appréciation de faits non constants. — L'arrêt <i>Mariani</i> du 27 mars 1925 .....	347
a) Appréciation de faits non constants .....	347
b) Arrêt <i>Mariani</i> du 27 mars 1925 .....	348
c) Appréciation des besoins spirituels lors de la création d'une paroisse sous le régime du Concordat .....	349
II. — Appréciation de l'opportunité et de l'utilité des décisions administratives .....	350
a) Mesures disciplinaires, etc. ....	350

b) Naturalisations et expulsions d'étrangers ....	351
c) Déclarations d'utilité publique .....	352
d) Conclusions .....	353
<b>CHAPITRE IV. — LES SOLUTIONS JUDICIAIRES DEPUIS 1905.</b>	<b>355</b>
§ 1 <sup>er</sup> . — <i>Solutions de la Cour de cassation</i> .....	356
a) Décisions autres que celles relatives aux manifestations extérieures du culte .....	356
b) Manifestations extérieures du culte .....	361
§ 2. — <i>Critique d'ensemble de la jurisprudence judiciaire.</i>	365
I. — Absence de contrôle du détournement de pouvoir .....	365
II. — Les raisons profondes de l'attitude réservée de la jurisprudence judiciaire .....	367
a) La séparation des autorités administrative et judiciaire .....	368
b) Confusion entre les questions de fait et les questions de droit .....	372
c) Rôle effacé de l'élément but dans l'activité privée .....	375
III. — Conclusion .....	376
<b>CHAPITRE V. — LE POUVOIR DISCIPLINAIRE EXERCÉ PAR LE JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR EN DEHORS DE L'ANNULATION PROPREMENT DITE DE L'ACTE ADMINISTRATIF ENTACHÉ D'IRREGULARITÉ</b> .....	<b>382</b>
I. — Formule du renvoi à l'administration pour suppléer au défaut d'annulation .....	384
II. — Formule du renvoi à l'administration accompagnant l'annulation de l'acte .....	386
<b>CHAPITRE VI. — L'ÉVOLUTION DE L'IDÉE DE MORALITÉ DANS LE DOMAINE DU CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE</b> .....	<b>390</b>
I. — Reconnaissance définitive de la responsabilité de la puissance publique. — Indemnité pour exécution de décisions entachées d'excès de pouvoir .....	390

a) Responsabilité pour faute .....	391
1. — Responsabilité pour exécution de décisions entachées d'excès de pouvoir .....	392
2. — Responsabilité pour licenciement de fonctionnaires .....	393
b) Enrichissement sans cause. — Dommages résultant de mesures législatives .....	398
II. — Tendances nouvelles de la jurisprudence. —	
Caractère de la jurisprudence récente ....	400
a) Arrêt <i>Regnault-Desroziers</i> du 28 mars 1919 ..	400
b) Arrêt <i>Couitéas</i> du 30 novembre 1923 .....	402
c) Arrêts <i>Lamiabie et autres</i> du 30 juin 1922 et <i>Martin et Thiéry</i> du 29 février 1924 .....	405
d) Conclusions. — Élément moral de la théorie de la responsabilité de la puissance publique.	409

## TITRE IV

**La preuve du détournement de pouvoir**  
**Moyens d'investigation du juge. — Questions de Terminologie**

Plan .....	413
§ 1 <sup>er</sup> . — <i>Moyens de preuve et d'investigation</i> .....	413
I. — Observations préliminaires .....	413
II. — Procédés d'investigation du juge .....	414
III. — Éléments de preuve du détournement de pouvoir .....	417
a) Rejet général, sans examen particulier, de demandes d'autorisations administratives ..	417
b) Vice de l'acte résultant du contenu de la décision .....	418
c) Vice de l'acte résultant du rapprochement de certains faits et de certaines dates .....	418
d) Inopportunité de l'acte .....	419
IV. — Caractère probatoire de la présomption ....	419
V. — Conclusion (directives de la jurisprudence) ..	420
§ 2. — <i>Questions de terminologie</i> .....	422
a) Annulation pour « excès de pouvoir ». ....	423
b) Annulation pour « violation de la loi » .....	423
c) Annulation pour « détournement de pouvoir ». ....	424
d) Annulation pour défaut de base légale et inexistence de cause juridique .....	425

e) « Violation de la loi » et « excès de pouvoir ».	425
f) Formules visant les limites de l'action du juge.	427

## APPENDICE I

**La moralité administrative et la théorie des actes  
dits de gouvernement**

Observations préliminaires .....	428
§ 1 <sup>er</sup> — <i>L'acte de gouvernement</i> .....	429
§ 2. — <i>Théorie du mobile politique</i> .....	434
§ 3. — <i>Solutions actuelles</i> .....	437
§ 4. — <i>Attitude de la jurisprudence judiciaire</i> .....	443

## APPENDICE II

**La théorie de l'illégalité légitime et l'application du contrôle  
juridictionnel de la moralité administrative**

Observations préliminaires .....	445
I. — Les pouvoirs de guerre .....	446
II. — L'illégalité légitime .....	448
III. — Jurisprudence judiciaire .....	455

## CONCLUSION

Observations préliminaires .....	457
I. — Caractère général du contrôle juridictionnel de la moralité administrative .....	459
II. — La question du contrôle contentieux de l'op- portunité des décisions administratives ...	463
III. — La « politique jurisprudentielle » du Conseil d'Etat .....	467
IV. — Insuffisances et hésitations de la jurisprudence.	468
ADDENDA .....	473
TABLE DES JUGEMENTS ET ARRÊTS .....	481

WELTER, HENRI

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ  
ADMINISTRATIVE : ÉTUDE DE DOCTRINE ET DE  
JURISPRUDENCE : PAR HENRI WELTER

SYS 54777

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

S. D. I. - BIBLIOTECA

WELTER, HENRI

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA MORALITÉ  
ADMINISTRATIVE : ÉTUDE DE DOCTRINE ET DE  
JURISPRUDENCE : PAR HENRI WELTER

SYS 54777

Nº Registro .....

Nº Chamada .....  
30362/80

LC  
341.35170994  
W464  
CJM

STF 102.080

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF00009034