

LES FONDEMENTS IDEOLOGIQUES DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

PAR

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'université d'Amiens.

Le droit administratif est, en France, une pièce maîtresse de la construction étatique : on ne peut analyser correctement le système de représentations qui entoure et protège l'Etat si l'on néglige cette dimension juridique fondamentale et constitutive ; et le fait qu'il soit aussi fortement étayé par le droit donne nécessairement à l'édifice étatique une ossature particulière.

La contribution apportée par le droit administratif à la mythologie étatique est d'autant plus sensible qu'elle est peu apparente. Ce qui prédomine à première vue dans le droit administratif, comme dans tout droit, c'est l'élément instrumental : il s'agit de définir le cadre dans lequel l'administration est habilitée à se mouvoir, la nature de l'équilibre entre les prérogatives dont elle dispose et les droits des administrés. Cependant, par-delà cette fonction technique, le droit administratif est aussi, de manière plus profonde, un vecteur d'inculcation de valeurs, de représentations, relatives à l'administration, à l'Etat. Cet aspect idéologique n'est pas propre au droit administratif : toutes les composantes de l'ordre juridique sont, à des titres divers, imprégnées des valeurs sociales dominantes et elles en assurent la diffusion avec une singulière efficacité, puisqu'elles les dotent de la force obligatoire attachée à la règle de droit. *Il n'y a donc nullement séparation, mais imbrication, du droit et de l'idéologie* : l'idéologie traverse le droit de part en part et modèle les concepts juridiques, tandis que la médiation de la forme juridique est indispensable à la propagation des effets idéologiques. Le droit administratif occupe néanmoins dans l'ordre juridique une position irréductible dans la mesure où son domaine d'application c'est l'appareil chargé de mettre en œuvre la puissance d'Etat : les représentations qu'il véhicule vont être relatives à l'Etat et tendre

à renforcer le jeu de croyances sur lesquelles il repose. Plus l'autonomie et la spécificité du droit administratif s'accusent, et plus son importance idéologique grandit : dans un pays comme la France où l'administration a été soumise dès l'origine à des règles juridiques largement dérogoires au droit commun, le droit administratif doit être considéré comme un dispositif stratégique du système de légitimation du pouvoir étatique. Cette utilisation de la norme juridique comme instrument privilégié de socialisation politique n'est pas indifférente : elle a pour résultat tangible d'accroître l'assujettissement des individus à l'Etat, en assimilant toute contestation de son autorité à une transgression de la norme et à une faute.

Cette fonction idéologique remplie par le droit administratif français explique son extraordinaire cohésion interne. Sur le plan du contenu, le droit administratif se présente comme un ensemble parfaitement ordonné et structuré. Les diverses notions auxquelles il recourt sont liées entre elles, connectées, solidaires : renvoyant pour leur définition les unes aux autres, elles forment un tissu conceptuel homogène, dont les éléments sont indissociables; les représentations nouvelles ne sont recevables qu'après avoir fait l'objet d'un traitement destiné à les rendre compatibles avec le cadre préexistant. Quant à la pratique du droit administratif, elle apparaît comme un véritable jeu réglé de signes, « un étrange ballet intellectuel » (1), dans lequel les oppositions exprimées, parfois avec véhémence, dissimulent mal une identité plus profonde, traduite par l'utilisation d'un langage commun et par l'adhésion aux mêmes normes de référence : le duo de la doctrine et de la jurisprudence suppose l'acceptation d'une même tonalité; les divergences doctrinales contribuent à alimenter la didactique du droit administratif et à enrichir sans cesse la subtilité de ses représentations. Si elle a été souvent constatée, non sans quelque étonnement, par des observateurs étrangers, cette cohésion remarquable est en revanche mal perçue à l'intérieur de ce système clos que constitue l'univers du droit administratif français : d'une part, les concepts utilisés sont considérés comme le produit de l'empirisme du juge, aux prises notamment avec la nécessité pratique de trouver un principe de démarcation des compétences juridictionnelles; d'autre part, faute de critère unique permettant de rendre compte de l'ensemble des solutions jurisprudentielles, le droit administratif est analysé comme étant en situation de crise. Cette présentation interdit de comprendre la logique qui commande son organisation interne. L'échec successif des tentatives de recherche d'un critère unique révèle, non pas la crise du droit administratif, mais l'impossibilité de le ramener à un seul principe, en raison précisément de sa dimension idéologique. Toute idéologie travaille en effet nécessairement sur plusieurs pôles conceptuels, dont le jeu alternatif lui permet d'opérer les glissements, les torsions, par lesquels elle exprime sa fonction propre : si le droit administratif était structuré autour d'un principe unique, aucun travail idéologique ne serait possible (2). Ce pluralisme conceptuel

(1) D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux 1975 (dactyl.), p. 95.

(2) Dans son célèbre article (« Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *R.D.P.*, 1953, pp. 280 ss), J. RIVERO a justement critiqué la prétention de la doctrine française de trouver à tout prix un critère unique dont puisse s'inspirer le juge administratif : il n'y a, selon lui, aucune raison de poser *a priori* que le droit administratif *doit* s'organiser autour d'un seul principe,

ne signifie pourtant pas que le droit administratif soit voué à l'incohérence et à l'empirisme. Les notions fondamentales qu'il utilise ne sont pas le fait du hasard ou de nécessités seulement pratiques mais l'expression de contraintes d'ordre idéologique : *l'idéologie rayonne par contagion, par osmose, à travers le droit administratif tout entier et préside à la construction de son appareil conceptuel*. Et les notions qui en sont le produit sont agrégées, emboîtées, articulées, de manière à former un système cohérent et stable de légitimation.

La logique du droit administratif français ne peut dès lors apparaître qu'en mettant en évidence l'imbrication, l'interférence, le parasitage, des aspects juridique et idéologique :

- le fonctionnement du droit administratif révèle un balancement continu, un mouvement d'opposition dialectique, entre les idées de puissance et de service (I) ;
- mais cette relation est aussi à la base du système de légitimation de l'administration en tant qu'appareil d'Etat (II) ;
- de ce fait, droit et idéologie se trouvent indissolublement mêlés dans la construction du droit administratif et se confortent réciproquement, en redoublant leurs effets (III).

I. — LA DIALECTIQUE DU DROIT ADMINISTRATIF

A lire les théoriciens du droit administratif français, celui-ci serait en permanence menacé d'être privé de référents et voué à l'empirisme, au subjectivisme ou à l'impressionnisme. Les tentatives doctrinales visant à fonder le droit administratif sur des principes simples, sur des critères stables, se heurteraient au refus obstiné du juge administratif de se laisser enfermer dans des définitions précises, dans des catégories contraignantes (3) : les constructions théoriques trop ambitieuses, les édifices trop rigides, ne tardent pas à s'effondrer sous les coups de boutoir portés ou sous les brèches creusées par le juge ; il semble décidément que le sol du droit administratif « se révèle instable, inapte à porter une grande architecture » (4). Ce diagnostic amer et désabusé, qui se fonde sur les analyses développées par certains commissaires du gouvernement (5), apparaît profondément erroné. S'il est

et l'échec répétées des tentatives doctrinales prouverait que « le critère du droit administratif n'existe pas » (p. 291). Reste à savoir si cet échec est inéluctable, et dans l'affirmative quelles en sont les raisons profondes. Pour J. Rivero, l'absence de critère unique tient à la volonté du juge administratif de préserver sa liberté d'action, en évitant de se lier les mains pour l'avenir par des formules trop rigoureuses ; l'explication réside cependant, à notre avis, moins dans la subjectivité du juge que dans les exigences objectives de fonctionnement de l'idéologie.

(3) En ce sens, M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mél. Dabin*, 1963, I, pp. 355 ss ; L. NIZARD, « A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *D.* 1964, I, Chron. XXI.

(4) J. RIVERO, *R.D.P.*, 1953, *op. cit.*, p. 280.

(5) Pour B. CHENOT (« La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1950, pp. 77 ss.), les notions « a priori » n'exercent guère d'influence sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil

vrai que le droit administratif ne peut, aujourd'hui pas plus que dans le passé, se ramener à un principe unique fournissant la clé du régime administratif et des règles de compétence, il n'en constitue pas moins un système cohérent et solidement charpenté. Ses assises, il les trouve dans les deux piliers, colonnes, poutres maîtresses, que sont la puissance publique et le service public. Construit sur ces deux notions fondamentales, relatives, l'une aux moyens utilisés, l'autre aux buts poursuivis (6), le droit administratif reste tout entier appuyé sur elles : oscillant, par un mouvement alternatif, pendulaire, d'une notion à l'autre, il les croise, les entrelace, selon un équilibre variable et évolutif. La structure du droit administratif est donc *bipolaire* : elle est fondée à la fois sur la puissance et sur le service ; en privilégiant l'une de ces notions, et en cherchant à expliquer par elle seule l'ensemble des solutions jurisprudentielles, on ne peut que dénaturer et fausser le sens profond de la construction du droit administratif (7). Dès l'instant où l'on admet au contraire que ces deux notions, loin de s'exclure, se combinent nécessairement dans la pratique jurisprudentielle, les fausses obscurités se dissipent et le droit administratif devient parfaitement lisible.

A. — DEDOUBLEMENT.

Le droit administratif a fait l'objet d'une lente maturation et ses concepts fondamentaux ont été forgés de manière progressive, au fil des transformations plus globales affectant l'ordre social et politique. A cet égard, puissance publique et service public ne peuvent être mis sur le même plan : leur apparition n'est pas concomitante mais successive et traduit les mutations intervenues dans le statut de l'administration. A l'origine, le droit administratif tourne exclusivement autour de l'idée de puissance : la spécificité de l'administration et des règles qui lui sont applicables tient à la nature de ses moyens d'action, aux prérogatives dont elle dispose ; et la puissance d'Etat imprègne l'ensemble des tâches, au demeurant limitées, assignées à l'administration (8). Le droit administratif est essentiellement un instrument de contrainte, un dispositif d'assujettissement : il exprime l'absolue supériorité de l'administration sur les administrés. A partir de la fin du XIX^e siècle, une sensible évolution se produit. D'une part, au fur et à mesure de l'extension de la surface sociale de l'administration, la puissance d'Etat tend à se diluer : elle devient peu visible aux articulations terminales d'un appareil de plus en plus complexe et diversifié, et dans l'exercice concret des responsabilités nouvelles de gestion qui lui sont imparties.

d'Etat : ennemi de la « chose en soi », le juge s'attacherait seulement aux réalités concrètes « en écartant toute querelle théorique sur l'essence des institutions » (Voir la réponse de J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, I, pp. 99 ss.).

(6) En ce sens M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1927, 11^e éd., Tome I, préface p. VII et aussi J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 8^e éd., 1977, p. 10.

(7) En ce sens F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 115.

(8) G. VLACHOS, « Fondements et fonction de la notion de service public », *D.* 1978, I, p. 257.

D'autre part, avec les progrès du libéralisme politique, l'accent est mis désormais sur la nécessaire limitation de la toute puissance de l'appareil d'Etat ; le droit administratif apparaît aussi comme un instrument de protection, un dispositif de garantie des droits des administrés. Parallèlement à ces mutations, les fondements du droit administratif changent : le service public semble à la fois rendre compte des données nouvelles de l'action administrative et poser les bases d'une limitation *objective* du pouvoir administratif (9). Dès cet instant, une coupure tranchée s'établit dans la doctrine entre ceux qui restent attachés au critère ancien de la puissance publique et ceux qui prétendent lui substituer celui du service public : on assiste à une double polarisation autour de chacune de ces notions. Cette polarisation, qui laissera des traces durables puisqu'elle détermine encore aujourd'hui la nature des clivages doctrinaux, n'est pas indifférente : elle permet de faire jouer pleinement la dialectique du droit administratif, en faisant travailler ces notions l'une par rapport à l'autre, en provoquant leur frottement incessant. Mais cette coupure est, dès l'abord, largement factice : non seulement les oppositions doctrinales, théoriquement accusées, sont en réalité fortement nuancées (10), mais encore un certain nombre d'auteurs vont établir une liaison bi-univoque entre puissance publique et service public.

1) LE CRITÈRE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

Le droit administratif français a été d'abord conçu comme un droit de prérogatives et de privilèges. Les armes dont dispose l'administration excluent qu'elle soit traitée comme les simples particuliers, soumise au même droit qu'eux : l'administration a le double pouvoir d'imposer aux administrés des obligations et de recourir à la force matérielle pour les faire exécuter ; les règles juridiques qui définissent le cadre dans lequel elle est habilitée à se mouvoir, les conditions dans lesquelles elle peut faire usage de ses prérogatives, ont de ce fait une nature et une portée irréductibles à celles des règles de droit commun. C'est donc moins la spécificité des buts poursuivis par l'administration que la consistance propre de ses moyens d'action qui a justifié la construction d'un droit administratif autonome (11). Même si sa conceptualisation n'est pas immédiate, l'idée de puissance publique se profile en filigrane derrière les solutions jurisprudentielles et sous-tend l'ensemble des analyses doctrinales : elle sert notamment à tracer les limites de la compétence de l'ordre judiciaire et à circonscrire la zone dans laquelle l'administration se trouve à l'abri de toute immixtion des tribunaux ordinaires.

1° Cette commune référence à la puissance publique ne suffit pas à lever toute incertitude, car la portée de ce critère peut être appréciée

(9) M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit de l'administration », in *L'Administration*, Hachette, Coll. Les sciences de l'action, 1974, p. 188.

(10) Contrairement à ce qui a été souvent avancé, l'affrontement DUGUIT/HAURIU ne portait pas sur ce point : comme on le verra, Hauriou n'est pas hostile au concept de service public, dont il a d'ailleurs été l'initiateur, alors qu'à l'inverse Duguit, à la différence de Jèze, a toujours été nuancé sur le problème de la portée juridique de la notion de service public (voir *infra*).

(11) M. HAURIU, *Précis*, *op. cit.*, 11^e éd., p. VII.

très différemment (12). Ou bien, et c'est l'interprétation la plus ancienne, on estime que la puissance publique imprègne, à des degrés divers, *l'ensemble* des activités administratives, qui ne sont jamais assimilables aux activités privées ; l'administration se trouve, dès lors, dans son ensemble soustraite à l'application du droit commun et à la compétence des tribunaux judiciaires : elle est soumise à des règles globalement exorbitantes, dont le juge ordinaire ne saurait apprécier correctement la portée. Ce critère organique, qui implique un cloisonnement étanche, une séparation tranchée des sphères publique/privée, ainsi que la conception d'une administration radicalement différente du reste de la société, l'a d'abord emporté. Le premier souci du roi, au moment où il met en place à l'époque de la monarchie absolue le puissant appareil administratif qui préfigure les bureaucraties d'Etat modernes, a été d'assurer son émancipation juridique en faisant interdiction aux parlements de connaître à l'avenir des litiges suscités par son fonctionnement (13) : l'administration monarchique sera régie par un droit spécial et bénéficiera d'un véritable privilège de juridiction. Sans doute, cette émancipation ne sera pas pleinement réalisée : la lutte entre les parlements et l'autorité royale durera pendant tout l'Ancien Régime et, au hasard des péripéties de cette lutte, les parlements parviendront à annexer une partie du contentieux administratif ; mais il s'agit d'exceptions au principe général de l'incompétence judiciaire. Ce principe est confirmé avec solennité sous la Révolution, l'assemblée constituante prohibant de la façon la plus nette et la plus formelle tout empiétement des tribunaux judiciaires sur l'action administrative : seuls des textes spéciaux maintiennent la compétence judiciaire pour certaines catégories de litiges. Cette conception, très favorable à l'administration, est confirmée sous le Consulat et l'Empire, l'administration bénéficiant d'une protection renforcée du fait du contrôle administratif de la poursuite des fonctionnaires (art. 75 de la constitution de l'an VIII) et du règlement des conflits de compétence par le chef de l'Etat. Néanmoins, une interprétation différente et plus subtile du critère de la puissance publique commence dès 1806 à être avancée : elle devient prédominante à partir de la Restauration.

L'innovation consiste à refuser de considérer l'action administrative comme un tout indissociable, s'exerçant toujours dans des conditions exorbitantes du droit commun (14). Si la puissance publique demeure

(12) Voir sur l'évolution historique, les développements très complets de J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., 2^e éd., 1975, n° 322 et ss., ainsi que la première partie du Cours d'A. MATHIOT, *Grands services publics et entreprises nationales*, Les Cours du Droit, 1966-67.

(13) L'édit de Saint-Germain de 1641 interdit aux parlements de connaître à l'avenir les affaires « qui peuvent concerner l'Etat, administration ou gouvernement d'icelui » — principe réaffirmé par deux arrêts du Conseil du 19 octobre 1656 et 8 juillet 1661 (voir mon étude *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, 1970, pp. 48-49).

(14) On trouve cette idée pour la première fois exprimée par MERLIN (*Questions de droit*, 2^e éd., T. IV, 1804, p. 62) et HENRION de PANSEY (*De l'autorité judiciaire*, 1^{re} éd., 1810, p. 309, 2^e éd., 1818, p. 468 et 3^e éd., 1827, tome II, p. 323), pour qui le contentieux n'est administratif « que lorsqu'il s'agit de prononcer entre les particuliers et le gouvernement agissant non pas comme propriétaire, mais comme gouvernement » ; puis la distinction est reprise et approfondie par tous les grands auteurs du droit administratif, tels MACAREL, GÉRANDO, VIVIEN mais aussi A. CHAUVEAU (*Principes de compétence et de juridiction administrative*, 1841, T. I, pp. 92, 153), F. LAFERRIÈRE (*Cours théorique et pra-*

le fondement du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative, elle n'est pas nécessairement présente, et de la même façon, dans le moindre acte d'un quelconque administrateur. Il faut dès lors, sans se laisser arrêter par le fait que l'administration est en cause, analyser les conditions et les formes de son action pour découvrir le droit qui lui est applicable et la juridiction compétente. Les litiges administratifs ne sont plus comme par le passé soustraits de plein droit, sauf texte formel, au juge judiciaire : cette conception du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire est jugée excessive et dangereuse ; la vieille méfiance à l'égard des tribunaux judiciaires tendant à s'estomper — alors qu'à l'inverse la juridiction administrative est vivement combattue par les libéraux —, il convient de leur reconnaître une certaine aptitude à statuer sur les litiges administratifs, dès l'instant où la puissance publique n'est pas en cause. La référence à la puissance publique ne disparaît donc pas, mais elle change de portée : les actes de l'administration relèvent d'un régime juridique différencié selon que la puissance publique y est plus ou moins apparente (15). Au sommet, les actes discrétionnaires ou de pure administration, dans lesquels la puissance publique se manifeste avec le plus d'intensité, et qui échappent à tout recours contentieux. En dessous, les actes dans lesquels l'administration, tout en mettant en œuvre ses prérogatives de puissance publique, heurte des droits ou des intérêts juridiquement protégés, et qui relèvent de la juridiction administrative. Enfin, les actes dans lesquels la puissance publique n'est pas en cause et qui, ne posant que des questions de droit privé, doivent être déferés aux tribunaux judiciaires. Dans cette analyse, l'élément formel est largement utilisé : l'acte administratif unilatéral révèle en effet, par sa forme même, la présence de la puissance publique ; il relève donc en principe (16) de la seule juridiction administrative. Si la démarcation ainsi opérée au sein de l'activité administrative reste floue et assez impressionniste, elle a pour effet tangible une large extension de la compétence judiciaire, notamment en matière de contrats (17), de

tique de droit public et administratif, 4^e éd., 1854, T. I, p. 766). M. BOUCHENÉ-LEFER (*Principes et notions élémentaires du droit public administratif*, 1862, p. 603), A. SERRIGNY (*Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 1865, T. I, p. 29) etc.

(15) En ce sens M. HAURIUO, « Droit administratif », in *Répertoire du droit administratif* (Léon Béquet), T. XIV, 1897, n° 81. Cette idée est contestée par divers auteurs pour qui les règles de répartition des compétences, au moins au début du XIX^e siècle, s'expliquent essentiellement par la nature de l'intérêt public en cause, c'est-à-dire par un critère fondé sur le but (en ce sens, M. KEEHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Rousseau, 1950 ; P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., 1964, pp. 433 ss. ; D. LINOTTE, *op. cit.*, pp. 53-62 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO semblent pencher eux aussi vers cette interprétation (*op. cit.*, n° 327). Cependant l'intérêt public renvoie en fait à la puissance publique : il est apprécié, pendant toute cette période, moins en fonction de son contenu intrinsèque, que par référence aux prérogatives dont l'administration est habilitée, dans chaque cas, à faire usage.

(16) Sous réserve de la possibilité, reconnue par la Cour de cassation dès le 3 août 1810, pour les juridictions répressives d'apprécier, par voie d'exception, la légalité des règlements de police, et à l'exception des cas où la propriété est en cause.

(17) Le Conseil d'Etat admet (25 avril 1834, *Ancel*, R. p. 248) que si un contrat a été passé par l'Etat dans les conditions du droit privé il y a compétence judiciaire — solution confirmée par la Cour de cassation (11 novembre 1834) et le tribunal des conflits (23 mai 1851).

biens (18), d'atteintes à la propriété privée et pour le contentieux des collectivités locales (19) ; en revanche, les textes relatifs à l'Etat-débiteur empêchent le transfert aux tribunaux judiciaires de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat (20), qui aurait été conforme à la logique de la nouvelle distinction.

2° L'empirisme cesse cependant *après 1872* : la doctrine et la jurisprudence vont chercher à mieux cerner les limites du droit administratif et du contentieux administratif, en donnant une formulation théorique au critère de la puissance publique et en précisant sa portée concrète.

Cet effort de clarification et de conceptualisation se traduit d'abord sur le plan jurisprudentiel par l'arrêt *Blanco* (8 février 1873). Le premier objectif du tribunal des conflits, institué par la loi du 24 mai 1872, est de dégager un critère rationnel de répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif ; et ce critère, le tribunal des conflits le trouve très logiquement dans l'idée traditionnelle de puissance publique. Ainsi que l'indique le commissaire du gouvernement DAVID (21), l'Etat peut agir de deux manières différentes : comme personne civile ou propriétaire, il est soumis aux mêmes règles que les simples particuliers et relève de la compétence judiciaire ; comme personne publique, il échappe au droit privé et n'est justiciable que de la juridiction administrative, sauf exceptions déterminées par la loi. La traduction de ce principe dans le domaine de la responsabilité amène à considérer que des règles spéciales, dérogeant au droit civil, doivent être appliquées, et la juridiction administrative déclarée compétente pour les apprécier, dès l'instant où le dommage a été subi dans le cadre d'un service pour la gestion duquel l'Etat « agit comme puissance publique », c'est-à-dire dans des conditions exorbitantes du droit commun : ce n'est donc pas la référence aux textes sur l'Etat-débiteur qui suffit à entraîner la compétence administrative (22), mais le fait que la puissance publique est en cause. Certes, la notion de « service public », est utilisée par le tribunal des conflits (23), mais sans avoir par elle-même de conséquence juridique : elle opère dans le cadre plus général de la puissance publique ; la gestion des services de nature financière ou fiscale est censée faire partie des fonctions de l'Etat agissant comme puissance publique (24).

(18) Les litiges concernant le domaine privé relèvent en principe de la compétence judiciaire (Req. 17 juillet 1849, *D.* 50, III, p. 34 ; C.E. 7 décembre 1844, *Finot*, *R.* p. 629).

(19) Ch. civ. 16 janvier 1832, *S.* 32, I, p. 747.

(20) C.E. 6 décembre 1855, *Rotschild*, *S.* 56, II, p. 508, réagissant contre la jurisprudence de la Cour de cassation (1^{er} avril 1845, *S.* 45, I, p. 363) et du tribunal des conflits (20 mai 1850, *Manoury*, *R.* p. 477).

(21) Conclusions *D.* 1873, III, p. 71.

(22) L'arrêt ne vise que les textes généraux sur la séparation des autorités : pour le tribunal des conflits, la question de compétence doit être appréciée en fonction des rapports juridiques existant entre l'administration et les particuliers, et non en fonction du vieux principe de la compétence administrative pour liquider les créances de l'Etat.

(23) Le terme de service public est employé par la jurisprudence bien avant l'arrêt *Blanco* (Voir par exemple, 6 décembre 1855, *Rotschild*, *préc.* ou 6 août 1861, *Dekeister*, *D.* 1871, III, p. 25) ; cependant, il n'a de signification que par rapport au critère de la puissance publique alors dominant.

(24) Il est donc erroné de voir dans l'arrêt *Blanco* le point de départ de la théorie du service public (*contra*, F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, n° 683) : comment d'ailleurs expliquer sinon que Laferrière ait pu soutenir, quinze ans après l'arrêt

Quant à l'apport doctrinal, il réside dans *la distinction des actes d'autorité et de gestion*, dont la meilleure formulation est donnée par E. LAFERRIÈRE (25). Cherchant à définir, au-delà des textes attribuant formellement compétence à l'un ou l'autre des ordres juridictionnels, un contentieux administratif et un contentieux judiciaire *par nature* — en tenant compte non seulement des privilèges de l'administration, mais encore des attributions fondamentales de l'autorité judiciaire, Laferrière est conduit à distinguer dans l'action administrative deux types de situations, caractérisées par la différence des procédés utilisés. Tantôt, l'administration apparaît « comme dépositaire d'une part de l'autorité ou de la puissance qui est un des attributs du pouvoir exécutif » : les actes d'autorité qu'elle prend sont une manifestation de souveraineté et doivent relever de la compétence administrative. Tantôt, l'administration apparaît « en qualité de gérant et d'intendant des services publics » : les actes de gestion qu'elle accomplit sont identiques à ceux des particuliers et doivent donc être soumis au même régime. Cette clef de répartition vaut sous réserve des dérogations prévues explicitement par des textes en faveur des tribunaux judiciaires (26) ou administratifs (27). Le contentieux administratif comprend donc « l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi, et qui ont pour objet, soit un acte de puissance publique émané de l'administration, soit un acte de gestion des services publics déferé à la juridiction administrative par des dispositions de lois générales ou spéciales » (p. 8). Si elle n'est ni réellement nouvelle, ni même originale (28), la théorie de Laferrière a le mérite d'intégrer pour la première fois l'ensemble des solutions jurisprudentielles dans un cadre cohérent d'interprétation : l'administration peut agir soit comme personne publique, soit comme personne privée ; le droit qui lui est applicable dans chaque cas est différent. Par là, Laferrière clarifie et systématise les analyses doctrinales esquissées depuis la Restauration (29) ; et la doctrine se rallie en général à son point de vue (30). Cependant, la théorie, qui reconstruit le droit administratif autour du seul critère de la puissance publique, ne rend qu'imparfaitement compte de la

Blanco, qu'il connaissait fort bien, une théorie qui contredit formellement cette interprétation ? En fait, comme le prouve la lecture des conclusions David, le tribunal des conflits ne rattache pas la compétence administrative au service public mais bien à la puissance publique, et la définition du service public que donne Hauriou dans la première édition de son précis en 1892 est très proche de cette perspective (*infra*, note 50).

(25) *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{re} éd. 1887-88, 2^e éd. 1896 (2 tomes).

(26) Expropriation ou appréciation de la légalité des règlements de police.

(27) Travaux publics ou contrats administratifs.

(28) La distinction est formulée à peu près dans les mêmes termes par A. GAUTIER (*Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, 1879, T. I), qui oppose les actes « contractuels ou de gestion » aux actes « de puissance publique ou d'autorité » (p. 192) et L. AUCOC (*Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 3 vol., 1^{re} éd. 1869-76, 3^e éd. 1885-86, p. 21).

(29) *Supra*, note 14.

(30) Voir par exemple, R. DARESTE, *La justice administrative en France*, 2^e éd., 1897 ; T. DUCROCO, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Fontemoing, 7^e éd., T. I, 1897, pp. 81-86 et T. II, p. 11 ; H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1^{re} éd., 1900.

jurisprudence, notamment en matière de responsabilité (31) ; à la différence de l'arrêt *Blanco*, elle rejette la gestion des services publics hors du champ du droit administratif ; et surtout elle débouche sur l'idée de la double personnalité administrative (32), qui apparaît comme une dichotomie factice, une scission abusive dans les activités administratives, qui mêlent étroitement autorité et gestion, et risque d'aboutir à une véritable décomposition de l'Etat compromettant les bases de sa légitimité (33). L'apparition du critère du service public vise à corriger ces effets néfastes ; elle va donner au droit administratif français son équilibre définitif.

2) LE CRITÈRE DU SERVICE PUBLIC.

Avec le critère du service public, le droit administratif n'est plus considéré comme la traduction du statut prééminent de l'administration, de sa supériorité intrinsèque par rapport aux administrés, mais comme l'expression des responsabilités particulières qui lui incombent. L'existence de règles juridiques autonomes et l'intervention d'une juridiction spécifique sont fondées, non sur les privilèges dont jouit l'administration, mais sur la mission qui lui est assignée dans la société ; l'attention se déplace des moyens d'action détenus par l'administration aux finalités de son institution. C'est dans la seule mesure où elle est au service du public et agit dans le sens de l'intérêt général, que l'administration est soumise à des règles exorbitantes du droit commun, dont le contenu et la portée ne peuvent être correctement appréciées que par un juge spécialisé.

La promotion du critère du service public a pour effet d'étendre sensiblement le champ d'application du droit administratif et du contentieux administratif, et d'inverser le cours d'une évolution qui semblait jusqu'alors aller dans le sens d'une extension croissante de la compétence judiciaire. Si les prérogatives de puissance publique sont d'intensité variable, et parfois absentes, l'administration tend, en revanche, à être toute entière marquée du sceau du service public ; les moyens peuvent changer, le but que poursuit l'administration reste fondamentalement identique dans toutes les franges de son activité. L'opposition est donc nette avec la théorie des actes d'autorité et de gestion : récusant avec force l'idée d'une double personnalité de l'administration, au motif que celle-ci n'a dans tous les cas qu'un seul but — servir le public —, les apologistes du service public en viennent logiquement à placer la quasi-totalité des activités administratives sous l'empire du droit administratif et sous le contrôle du juge administratif ; les actes de gestion eux-mêmes, qui pour Laferrière, formaient le contentieux judiciaire par nature et devaient être abandonnés aux juridictions de

(31) Alors que dans l'immense majorité des cas, les dommages sont la conséquence d'actes matériels de l'administration sans que son pouvoir de commandement soit en jeu, Laferrière est amené, pour tenir compte de la jurisprudence issue de l'arrêt *Blanco*, à déclarer l'art. 1384 du Code civil inapplicable à la responsabilité de l'Etat.

(32) En ce sens, M. HAURIU, *Répertoire Béquet, op. cit.*, n° 86.

(33) Voir G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, 1906, n° 145 et aussi les conclusions très critiques par rapport à cette théorie de TEISSIER, sur l'arrêt *Feutry*, et de PICHAT, sur l'arrêt *Thérond*.

droit commun, relèvent par essence de la sphère publique puisqu'ils sont accomplis dans le cadre du service public. Sous réserve des exceptions prévues par des textes spéciaux, et qui doivent être interprétés restrictivement, le juge administratif retrouve une compétence de principe pour connaître de l'ensemble des litiges administratifs. On en revient ainsi à un critère fort proche du critère organique originaire ; et cette boucle est évidemment significative. L'extension de la compétence judiciaire tout au long du XIX^e siècle coïncide en effet avec le développement progressif des tâches administratives de gestion, de fourniture de prestations matérielles au public, dans lesquelles la puissance publique est peu apparente : le maintien du critère de la puissance publique, inadapté aux nouvelles formes d'action administrative, risquait d'entraîner l'appauvrissement et le laminage d'un droit administratif applicable aux seules attributions de souveraineté ; cette évolution était trop contraire aux traditions administratives françaises pour être menée jusqu'à son terme. Le critère du service public établit au contraire le droit administratif sur des bases plus larges et plus solides, et il renforce du même coup la spécificité et la cohésion que peut en retirer l'appareil d'Etat.

1° La référence au service public apparaît d'abord en jurisprudence. Pour transférer aux juridictions administratives le contentieux des collectivités locales, jusqu'alors attribué aux tribunaux judiciaires, les trois arrêts *Terrier* (1903), *Feutry* (1908) et *Théron* (1910) — qui constituent autant d'étapes décisives dans la voie de la formation du nouveau critère de compétence (34) — se basent sur le fait qu'un service public est en cause ; et les commissaires du gouvernement Romieu, Teissier et Pichat, rejetant la théorie des actes d'autorité et de gestion, affirment nettement que « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, ... constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative » (35). La seule réserve introduite par Romieu concerne les cas dans lesquels l'administration décide de se placer elle-même dans les conditions du droit privé. En 1906, dans son ouvrage sur *La responsabilité de la puissance publique*, G. TEISSIER développe et argumente cette thèse. Redécouvrant l'arrêt *Blanco*, il l'interprète comme établissant sans équivoque possible la compétence des juridictions administratives pour statuer sur « les demandes d'indemnités dirigées contre l'Etat à l'occasion du fonctionnement des services publics » ; ce qui n'était dans l'arrêt *Blanco* qu'une clause de style, renvoyant à la puissance publique, devient le véritable critère de répartition des compétences, au moins en matière de responsabilité. G. Teissier extrapole à partir de cet arrêt et présente le service public comme la base d'une définition nouvelle des règles de compétence et d'une explication globale du régime administratif : chaque fois qu'un service public est en cause, le principe doit être qu'il y a application

(34) En ce sens, voir note JEZE sous l'arrêt *Théron*, R.D.P., 1910, p. 249.

(35) Conclusions ROMIEU sur C.E. 6 février 1903, *Terrier*, R. p. 94. Dans le même sens, G. TEISSIER (Conclusions sur C.E. 29 février 1908, *Feutry*, R. p. 209) affirme que « tous les actes accomplis par la puissance publique ou ses agents, pour assurer la gestion des services publics, sont des actes administratifs », tandis que pour PICHAT (conclusions sur C.E. 4 mars 1910, *Théron*, D. 1912, III. p. 57), il suffit qu'un contrat de louage de service ait pour objet l'exécution d'un service public pour relever de la compétence administrative.

des règles spéciales du droit administratif et compétence du juge administratif. G. Teissier ne réserve la compétence judiciaire qu'en cas de loi spéciale, pour le contentieux du domaine privé et dans les hypothèses désormais bien établies de voie de fait et d'emprise ; il ne cite pas en revanche parmi ces exceptions les contrats qui, dès l'instant où ils sont conclus pour la gestion d'un service public, devraient être reconnus comme étant de nature administrative.

2° Ce n'est qu'après cette percée jurisprudentielle que la doctrine va s'emparer de la notion de service public et l'ériger en « pierre angulaire du droit administratif » (36), en en faisant le principe unique d'explication du régime administratif. Par les fins qu'il poursuit, tout service public est nécessairement géré dans des conditions différentes du droit commun : son fonctionnement est régi par des règles spécifiques et les litiges qui le concernent doivent être soumis à une juridiction spécialisée. La notion de service public fournit donc à la fois la clef du droit administratif et de la compétence du juge administratif. D'une part, elle assure la cohésion et l'unité des grandes notions du droit administratif : sont considérés comme *agents publics* les personnes employées dans le service public, comme *domaine public* les biens affectés au service public, comme *travaux publics* les travaux effectués en vue d'un service public ; quant à la *responsabilité* administrative, elle couvre les dommages subis dans le cadre d'un service public. D'autre part, elle justifie l'intervention du juge administratif : le juge administratif devra en principe être saisi chaque fois qu'un litige concerne une activité de service public ; sa compétence n'est plus fondée sur un privilège de l'administration, mais sur la nature particulière des problèmes posés et des règles à appliquer. Le service public devient « l'*alpha* et l'*omega* du droit administratif » (37). Ainsi conçue et systématisée, la théorie du service public gagne progressivement toute la doctrine, en bénéficiant d'une double caution prestigieuse : pour JÈZE, son mérite essentiel est de doter le droit administratif d'un critère opérationnel, **puisqu'il est transposable dans ses diverses branches** ; pour DUGUIT, elle permet surtout d'éviter d'appuyer le droit administratif sur une notion de puissance publique qui n'est qu'une illusion métaphysique. La notion de service public répond à la fois au souci du premier de trouver un principe cohérent d'explication du droit positif, et à la volonté du second de dissiper « les vieux fantômes de la souveraineté illimitée et de la transcendance absolue de la puissance publique » (38). Cette coïncidence remarquable explique en grande partie le très large écho rencontré par la théorie du service public, qui vient rapidement à bout du combat d'arrière garde mené par les adeptes de la distinction des actes d'autorité et de gestion (39) ; les deux points de vue se confortent en

(36) G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1914, p. X.

(37) P. WEIL, *Le droit administratif*, P.U.F., Coll. Que sais-je ? n° 1152, 7^e éd., 1978, p. 16.

(38) G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.* 1954, p. 36.

(39) Tels MICHOUX (*Personnalité morale*, 1909, II, n° 297) et H. BERTHÉLEMY (*Traité, op. cit.* et « Défense de quelques vieux principes », *Mél. Hauriou*, 1929). Cependant, si H. Berthélemy défend pendant cinq éditions de son traité la théorie des actes d'autorité et de gestion, et s'il continue à l'estimer « la plus logique », il finit par reconnaître que l'interprétation « n'a pas prévalu dans la pratique » et que « la cause est pratiquement ingagnable » (Voir 10^e éd., p. 21, note 1, et aussi pp. 960-961).

effet réciproquement, la théorie juridique du service public prenant appui sur la philosophie politique de Duguit, à qui elle fournit en contrepartie un ancrage fort utile dans le droit positif. Cependant, si les deux courants sont amalgamés par l' « école de Bordeaux » (40), ils restent en fait distincts : de même que Jèze n'adhère pas aux postulats philosophiques de Duguit et se cantonne dans un point de vue strictement positiviste, Duguit n'attache pas une importance déterminante aux traductions juridiques concrètes de la théorie du service public et ne pousse pas la systématisation juridique aussi loin que Jèze (41). Ces discordances se feront nettement sentir dès l'instant où la jurisprudence réagira contre l'impérialisme des théoriciens du service public, par l'extension de plus en plus large de la sphère de la gestion privée — déjà balisée par Romieu.

La prétention de l'école du service public de reconstituer l'unité du droit administratif autour du critère du service public se révèle en fait, très vite, illusoire. La jurisprudence a utilisé le service public pour redonner aux juridictions administratives le contentieux des collectivités locales ; la portée concrète de la théorie du service public se limite à peu près à ce transfert. Sans doute, la théorie du service public coïncide-t-elle aussi relativement bien avec le principe de la distinction du domaine public et du domaine privé : si les biens sont affectés directement au fonctionnement d'un service public, ils sont soustraits au régime normal de la propriété privée et intégrés au domaine public (42) ; s'ils ne le sont pas, ils relèvent du domaine privé de l'administration, géré dans les conditions du droit privé (43). En revanche, pour les contrats, la jurisprudence ne se base pas, pour leur reconnaître le caractère administratif, sur l'objet en vue duquel ils sont conclus, mais sur leur nature intrinsèque, révélée par le contenu de leurs clauses (44). Le contentieux de la gestion privée est donc, comme par le passé, réservé aux tribunaux

(40) Voir par exemple R. BONNARD, « Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics, *R.D.P.* 1925, pp. 5 ss., *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1926, pp. 108-112 et *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Delagrave, 1934, pp. 154 ss. ; M. REGLADE, *La coutume en droit public interne*, 1919 ; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, dernière éd. 1958 et *Notions générales sur les services publics*, Cours du droit, 1940.

(41) Il est en revanche excessif de prétendre que Duguit n'aurait pas cherché à utiliser le service public comme critère du droit administratif et du contentieux administratif (L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, L.G.D.J., Coll. Bibl. Droit public, 1966, pp. 376-377) : s'il est vrai que les préoccupations juridiques immédiates sont pour Duguit secondaires, il reste qu'il cherche bel et bien à substituer le service public à la puissance publique comme critère du droit administratif, et il n'hésite pas, de ce fait, à intervenir activement dans le débat juridique.

(42) La condition de l'aménagement spécial apparaîtra plus tard en jurisprudence, et les arrêts sont alors sur ce point assez laconiques (Voir P. SANDEVOIR, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *A.J.D.A.* 1966, p. 90).

(43) Duguit accepte le principe de la distinction du domaine public et du domaine privé, bien qu'il relève qu'en fait « toutes les dépendances du domaine de l'Etat sont soumises à des règles spéciales qui reposent sur des notions tout à fait différentes de celles qui sont à la base de la propriété privée » et qu'il y a, plus qu'une différence de nature, « des degrés dans la domanialité » (*Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., T. III, 1930, pp. 348-349).

(44) T.C. 4 juin 1910, *Cie d'assurances Le Soleil*, D. 1912, III, p. 89 et surtout C.E. 31 juillet 1912, *Sté des granits porphyroïdes des Vosges*, R. p. 909, conclusions L. Blum.

judiciaires : comme le disait Romieu dès 1903, il ne suffit pas qu'un service public soit en cause pour que le juge administratif soit compétent ; encore faut-il analyser les procédés de gestion utilisés. Par ce biais, la jurisprudence refuse nettement de construire le droit administratif autour de la seule idée de service ; elle maintient toute son importance à celle de puissance. Ainsi s'esquisse un mouvement pen-dulaire entre ces deux notions, que certains auteurs essaient de superposer.

3) LA LIAISON BI-UNIVOQUE.

Il serait simpliste de considérer que le droit administratif, d'abord exclusivement fondé sur les moyens d'action exorbitants utilisés par l'administration, a ensuite connu une réorientation radicale, en ne s'attachant plus qu'aux finalités de l'institution administrative. Les deux éléments moyens/buts ont en fait toujours été présents dans le droit administratif, sous réserve de la prééminence accordée à l'un d'entre eux, appelé à jouer le rôle de critère et ramenant à lui l'autre élément ; le mouvement d'oscillation d'une notion à l'autre est alors corrigé par la fixation sur un pôle dominant. C'est ainsi que pendant tout le XIX^e siècle, si le droit administratif a été avant tout construit sur le mythe de la puissance, on trouve aussi, en arrière plan, l'idée d' « intérêt public » (45), qui sert à justifier le rapport inégalitaire établi entre administration et administrés ; mais l'importance de l'intérêt public au regard des intérêts individuels n'est révélée que par l'intensité des prérogatives que l'administration est habilitée à mettre en œuvre pour poursuivre sa réalisation : l'intérêt public est le sous-produit de la puissance publique derrière laquelle il s'efface. De même, l'arrêt *Blanco* parle du « service public », et le terme, même s'il est entendu au sens organique, est précurseur ; mais le service public n'est que l'expression de la puissance de l'Etat agissant comme personne publique : là encore, le but n'est que la traduction des moyens. A l'inverse, la théorie du service public ramène la puissance au service, en liant les prérogatives dont dispose l'administration au but qu'elle poursuit ; la gestion d'un service public est la clef qui donne accès au régime de droit public : la puissance n'est justifiée que par les nécessités du service. Cependant, l'attitude de la jurisprudence, qui ne pousse pas la logique du service jusqu'à son terme, va déboucher sur un nouvel équilibre, qui se traduit par la tentative d'établissement d'une liaison bi-univoque entre les deux notions.

1^o Cette liaison est manifestement établie par JÈZE, dès l'instant où, s'inclinant devant la jurisprudence sur les contrats (46), il inclut dans la définition du service public « les procédés du droit public, c'est-à-dire un régime spécial » (47) : il ne suffit pas, comme le pensait Duguît, pour qu'une activité soit service public, qu'elle soit « indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale » (48) ; il faut encore qu'elle soit gérée dans des conditions exor-

(45) Voir *supra*, note 15.

(46) Note *R.D.P.* 1914, p. 145.

(47) « Le service public », *Revista de drept public*, 1926, pp. 167 ss.

(48) *Traité, op. cit.*, T. II, 1928, p. 61.

bitantes du droit commun. Cette exigence supplémentaire permet à Jèze de maintenir le critère du service public, en dépit de la jurisprudence sur la gestion privée ; mais, comme le soulignent avec raison certains commentateurs de l'époque (49), ce n'est plus « une authentique théorie du service public », puisqu'elle intègre un élément relatif aux moyens. La puissance publique devenant un élément constitutif de la définition du service public, les deux notions coïncident exactement : là où il y a procédés de droit public, il y a service public ; et tout service public se caractérise par un régime de puissance publique. Comme on le verra, la théorie de Jèze devient indéfendable à partir de l'arrêt *Bac d'Eloka*.

2° En partant d'un point de départ exactement opposé, M. HAURIU aboutit à des conclusions qui ne sont pas, en définitive, très éloignées. Après avoir longtemps oscillé entre service public et puissance publique (50), dans lesquelles il verra jusqu'à la fin les deux notions maîtresses du droit administratif français, Hauriou accorde la primauté à la puissance publique. Ce qui se trouve, selon lui, au cœur du régime administratif, c'est la détention de prérogatives de puissance publique : d'une part, l'administration jouit de « droits de puissance publique » exorbitants du droit commun (injonction, réquisition, expropriation...) ; d'autre part, et de manière plus générale, elle détient le privilège d'action d'office, c'est-à-dire que l'intervention d'un juge n'est préalable, ni à la décision prise par l'administration, ni à son exécution, et que les recours ne sont pas, en principe, suspensifs. Et tout ce qui est appréciation des actes et des opérations de puissance publique doit être de la compétence exclusive des tribunaux administratifs. La puissance publique est donc pour Hauriou le fondement à la fois du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative. Hauriou semble

(49) M. HAURIU, *Précis*, 11^e éd., p. IX et P. De LA PRADELLE, « La notion de service public », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 540.

(50) Voir sur l'évolution d'HAURIU, L. SFEZ, *op. cit.*, pp. 134-144. HAURIU est un des premiers auteurs à avoir mis l'accent sur l'idée de service public qu'il qualifie dès 1892, dans la première édition de son précis, d'« organisation créée par une personne publique en vue de la satisfaction d'un besoin collectif », l'utilité publique justifiant les droits de puissance publique. Puis, il amorce un glissement vers la puissance publique et insiste plutôt sur les moyens : dans la troisième édition de son précis (1897), et surtout dans l'article paru au *Répertoire* Béquet, il définit bien le droit administratif comme l'ensemble des règles qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics — définition que ne renierait pas l'école du service public ; cependant, la question fondamentale est pour lui de savoir dans quelle mesure le fonctionnement de chaque service fait appel aux moyens de puissance publique, car « s'il y a puissance publique, il y aura compétence de la juridiction administrative » (n° 5). Puis Hauriou revient, après 1899, à une nouvelle défense du service public. Dans sa note sous l'arrêt *Canal de Gignac* (T.C. 9 décembre 1899, S. 00, III, p. 49), il affirme sans équivoque que l'action administrative se caractérise par son but — c'est-à-dire la gestion du service public — et non par les moyens employés : il serait en effet très grave d'incorporer à l'administration des entreprises qui ne sont pas d'« intérêt public », mais seulement d'« intérêt collectif », c'est-à-dire économique. L'administration ne peut ériger en service public n'importe quelle entreprise ; il y a des limites résultant des « exigences objectives du service public » (note sous C.E. 7 avril 1916, *Astruc*, S. 16, III, p. 49). De même, dans sa note sous l'arrêt *Terrier* (S. 03, III n. 28), il se montre favorable à l'extension de la compétence administrative « pour tout ce qui concerne les services publics des administration » (Voir encore, *Précis*, 10^e éd., 1921, p. 21). Ce n'est qu'après 1921 qu'il opte définitivement et nettement pour la primauté de la notion de puissance publique (Voir *Précis*, 11^e éd., p. XII).

ainsi en revenir aux analyses du XIX^e siècle (51) ; cependant, la notion de puissance publique qu'il retient est en réalité très différente et considérablement élargie par rapport aux définitions plus anciennes. Mais l'originalité de la thèse d'Hauriou vient surtout de ce que, tout en mettant la notion de puissance publique au premier plan, il assigne à la notion de service public un rôle important dans l'équilibre du droit administratif : c'est en effet l'idée de service qui entraîne l'« autolimitation objective de la puissance publique » ; elle signifie que la puissance publique ne s'exerce pas pour elle-même, mais seulement pour satisfaire des besoins d'intérêt général. De ce fait, les notions de puissance publique et de service public tendent, sinon à se confondre puisqu'elles relèvent d'ordres de préoccupations très différents, sinon même à coïncider totalement (52), du moins à renvoyer l'une à l'autre : tout service public suppose l'utilisation de procédés de puissance publique, tandis que l'emploi de la puissance publique est limité par référence au service. On est de ce fait très proche des conclusions de Jèze. Mais alors que l'analyse de Jèze est statique et purement descriptive, celle d'Hauriou est dynamique et explicative : elle met en évidence la dialectique constante entre le moyen et le but, la puissance et le service, et préfigure par là la doctrine contemporaine.

B. — ENTRELACEMENT.

A partir de 1921, l'équilibre du droit administratif change et le rapport entre les notions de puissance publique et de service public est profondément modifié. Jusqu'alors, but et moyens sont pratiquement indissociables, soit que les moyens révèlent le but (théorie de la puissance publique), soit que le but implique les moyens (école du service public), soit encore que but et moyens se présupposent réciproquement et coïncident exactement (liaison bi-univoque). Au contraire, dans la phase nouvelle de l'évolution du droit administratif qui s'ouvre en 1921, chaque notion va prendre son autonomie et acquérir une consistance propre : il n'y a plus correspondance nécessaire et absolue entre puissance publique et service public ; le service peut être géré dans des conditions proches du droit commun, tandis que la puissance déborde le cadre de la prise en charge d'activités d'intérêt collectif. En dépit

(51) L'article au *Répertoire Béquet* est fortement imprégné, il est vrai, des théories dominantes du droit administratif du XIX^e siècle, et assez influencé par la pensée de Laferrière. Hauriou se rallie pratiquement à la distinction des actes d'autorité et de gestion (n^o 22), en la fondant, comme Laferrière, sur le fait que les personnes administratives ont une double personnalité, ou plutôt une personnalité « à double face », et une « double série de droits » : ce sont des personnes morales ordinaires, dotées d'un patrimoine et jouissant des droits reconnus aux simples particuliers ; ce sont aussi des personnes morales publiques, jouissant des droits de puissance publique (n^{os} 17 et 25). Il ne tardera pas cependant à revenir sur cette présentation (Voir *La gestion administrative*, 1899).

(52) HAURIOU montre bien à propos de l'arrêt *Commune de Montségur* (S. 21, III, p. 49) que le champ de la puissance publique est plus large que celui du service public : les travaux effectués dans une église restent des travaux publics, bien que depuis la loi de séparation de l'église et de l'Etat, le culte ne soit plus considéré comme service public.

des apparences, la disjonction ainsi opérée est riche d'implications positives : le droit administratif repose désormais sur deux pôles distincts, entre lesquels s'établit un courant continu d'échanges. La double polarisation apparente de la jurisprudence et de la doctrine sur puissance publique ou service public ne doit pas faire illusion : elle dissimule une utilisation combinée et alternative de ces deux notions qui se trouvent entrelacées dans la pratique et la didactique du droit administratif français.

1) DISJONCTION.

Qu'elle se réclame de la nouvelle école du service public ou qu'elle maintienne la primauté du critère ancien de la puissance publique, la doctrine est, au début du xx^e siècle, au moins unanime sur un point : la superposition des deux notions ; le service public est en principe, sous réserve des exceptions prévues par les textes et des contrats conclus dans les conditions du droit commun, géré selon des procédés exorbitants. Différente par sa finalité des autres activités sociales, l'activité administrative est régie par des règles spéciales qui accentuent sa spécificité. C'est cette liaison fondamentale qui est rompue par la jurisprudence *Bac d'Eloka*. Annoncé déjà par certains signes avant-coureurs (53), l'arrêt du tribunal des conflits indique, cette fois sans équivoque possible, qu'une personne publique peut exploiter un service dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée et relever à ce titre de la compétence judiciaire. Le virage est considérable. D'abord, parce que ce ne sont plus, comme par le passé, *certain*s aspects de la gestion, mais le service entier qui passe sous l'empire du droit privé et sous la compétence judiciaire. Ensuite, parce que, comme le soulignent les conclusions MATTER, il ne s'agit pas d'un arrêt d'espèce : le tribunal des conflits entend bien ramener dans l'orbite du droit privé l'ensemble des services à objet économique. Les services publics ne sont plus nécessairement caractérisés par l'utilisation de procédés dérogatoires au droit commun et soumis à la compétence administrative : le régime administratif n'est applicable de plein droit qu'à ceux qui sont « de la nature, de l'essence même de l'Etat » ; pour les autres, qui ne sont entrepris par l'Etat « qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé », le droit privé doit prévaloir.

Le coup est rude pour l'école du service public, qui voit anéantir sa prétention à faire du service public le critère exclusif du droit administratif : il n'était pas imprévisible, puisque l'hypothèse de la gestion privée avait été explicitement évoquée, et réservée, par Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Terrier*, et que la jurisprudence relative aux contrats avait montré les limites afférentes à la dynamique du service public ; mais, jusqu'en 1921, les brèches avaient pu être colmatées, alors que maintenant l'édifice s'effondre. Deux parades sont avancées par les théoriciens du service public. Pour Duguit la jurisprudence *Bac d'Eloka* doit être purement et simplement rejetée comme une tentative de

(53) Par exemple l'arrêt du 3 février 1711, dans lequel le Conseil d'Etat assujettit la *commune de Mesle-sur-Sarthe* à la contribution des patentes, au motif qu'elle « exerce la profession d'exploitant une usine d'éclairage par l'électricité ».

résurrection de la distinction des actes d'autorité et de gestion, dont la fragilité des bases n'est plus à démontrer : c'est un retour au critère de la puissance publique, et un recul théorique considérable du droit administratif ; la seule réponse est de s'y opposer résolument. Pour Jèze, l'arrêt n'est pas incompatible avec la théorie du service public, si l'on admet qu'il place en fait les activités économiques hors du champ du service public : il manque en effet dans ce cas un élément de la définition du service public, à savoir le régime exorbitant du droit commun ; et l'arrêt lui-même, pas plus que les conclusions Matter, ne parle explicitement de service public. Quant à Hauriou, sa réaction n'est guère plus favorable, bien que la distinction gestion publique/privée aille dans le sens du critère de la puissance publique (54). Cette vive opposition doctrinale n'est pas sans troubler le conseil d'Etat qui retient à plusieurs reprises la compétence administrative, alors qu'il s'agit de services qui, comme dans l'affaire *Bac d'Eloka*, fonctionnent dans les mêmes conditions que les entreprises privées (55). Mais ces hésitations vont être rapidement levées, et la jurisprudence donne tort à la fois à Duguit et à Jèze, d'une part en confirmant l'arrêt *Bac d'Eloka* (56), d'autre part en affirmant explicitement que les activités de type économique constituent une nouvelle catégorie de services publics, celle des « services publics industriels et commerciaux » (57).

La conséquence de cette jurisprudence est la dissociation des notions de service public et de puissance publique, et l'impossibilité de faire du service public le critère unique du droit administratif. Loin d'être régis d'office par les règles du droit public, certaines catégories de services publics sont soumises au principe inverse de privatisation. La solution admise par la jurisprudence *Bac d'Eloka* pour les services publics industriels et commerciaux n'a jamais été remise en cause, malgré une tendance à l'extension des chefs particuliers de compétence pour la juridiction administrative. On a pu croire qu'une solution identique allait être retenue pour les services publics sociaux avec l'arrêt *Naliato* (1955), qui semblait entraîner un nouveau bloc de compétence au profit des tribunaux judiciaires ; si elle n'a pas confirmé cette interprétation, la jurisprudence ultérieure n'en estime pas moins que l'analogie d'organisation et de fonctionnement des services sociaux avec des activités privées conduit à les soumettre au droit privé. Enfin, il faut encore tenir compte des effets de l'intervention accrue des personnes privées dans la gestion des services publics. Alors que ces hypothèses étaient au début du XIX^e siècle, non pas inconnues (58), mais cantonnées

(54) Voir sa note sous C.E. 5 novembre 1926, *Delpin* et 7 janvier 1927, *Triller* (S. 27, III, p. 137), dans laquelle, constatant avec satisfaction que le Conseil d'Etat répugne à suivre le tribunal des conflits, il déclare : « l'alarme a été chaude... »

(55) Voir aussi C.E. 12 juin 1925, *Epoux Grandclément*, D. 27, III, p. 41, note Devaux.

(56) Voir *Sté générale d'armement* (1921), *De Robert Lafreygère* (1923), *Kuhn* (1932), *Sté française de constructions mécaniques* (1935) etc.

(57) L'école du service public en est réduite de ce fait à distinguer « les services publics proprement dits » des autres services soumis au régime général des entreprises privées (en ce sens R. BONNARD, *Précis*, op. cit., p. 111 ; L. ROLLAND, *Précis*, op. cit., n° 22).

(58) Les théoriciens du service public admettent parfaitement que la gestion du service public soit assurée par des personnes privées : pour qu'il y ait service public, il suffit qu'il soit organisé par les gouvernants et fonctionne

dans quelques domaines précis et insérées dans le cadre rigide de la concession, après la première guerre mondiale elles prennent une ampleur considérable à la faveur des tâches nouvelles assignées à l'administration dans le secteur économique et social. Or, cette ouverture de l'appareil administratif aux gestionnaires privés contribue à distendre encore le lien entre le but et les moyens, dans la mesure où ces gestionnaires ne bénéficient pas de plein droit des prérogatives de puissance publique, qui leur sont seulement reconnues cas par cas et par des textes exprès. Toute cette évolution révèle que la coupure traditionnelle établie entre une administration, aux contours parfaitement dessinés et aux traits fortement accusés par la soumission à un droit spécial, et la société civile a vécu : les frontières deviennent poreuses, des passerelles sont lancées et les règles juridiques applicables à l'administration perdent de leur spécificité.

La disjonction ainsi faite entre service public et puissance publique ne signifie pourtant nullement qu'un choix est fait entre ces deux notions, mais que le droit administratif s'appuie désormais sur l'une *et* sur l'autre pour trouver son équilibre.

2) CROISEMENT.

La dissociation des notions de puissance publique et de service public transforme complètement le sens de la controverse sur les bases du droit administratif français et la déplace sur un terrain très pragmatique. Tant que le service public entraînait l'application d'un régime exorbitant, ou que la puissance publique impliquait la poursuite d'un intérêt public, la question de la primauté accordée à l'une ou à l'autre de ces notions dans la construction du droit administratif était essentiellement de nature *ontologique* : il s'agissait de savoir si l'essence du droit administratif était la puissance ou le service ; les conséquences pratiques du choix effectué étaient en revanche limitées, comme le prouve l'accord de Duguit et d'Hauriou sur la plupart des problèmes juridiques concrets du droit administratif — tels la domanialité. L'enjeu change à partir du moment où le champ d'application de chacune de ces notions ne se recouvre plus : l'option en faveur de l'une ou l'autre notion est susceptible de modifier la surface du droit administratif et la délimitation des compétences juridictionnelles. S'il tend dès lors à s'appauvrir sur le plan théorique, le débat devient très important dans la pratique du droit administratif : la doctrine est amenée à se ranger sous la bannière de la puissance publique ou du service public, non par fidélité à une certaine conception de l'Etat, mais parce qu'elle s'efforce de rendre compte de la manière la plus exacte possible des solutions du droit positif. Nous reviendrons sur ce phénomène, qui montre que le droit administratif constitue désormais un système parfaitement rodé et cohérent au point que *l'idéologie n'affleure plus* et n'est même plus directement perceptible pour ses producteurs comme pour ses utilisateurs ; l'analyse du droit administratif contemporain doit être faite en tenant compte de cette *dés-idéologisation*.

sous leur contrôle (Voir mon étude : « Essai sur la notion juridique de service public », *Public. Amiens*, n° 7, 1976-77, p. 141).

Il peut sembler paradoxal que cette controverse dure encore et que la jurisprudence ne l'ait pas réglée une fois pour toutes, en optant clairement pour un critère unique. Ce paradoxe, nous l'avons dit, n'est qu'apparent : l'attitude de la jurisprudence qui « semble prendre un malin plaisir à apporter tour à tour de l'eau au moulin des uns et des autres » (59), signifie en réalité que le droit administratif français ne peut se passer de ces deux notions. Ainsi s'explique ce balancement jurisprudentiel et les clivages doctrinaux consécutifs. Si l'on a pu croire après l'arrêt *Bac d'Eloka* que le service public allait être définitivement supplanté par cette nouvelle mouture de la puissance publique qu'est la théorie de la gestion publique, la jurisprudence a contrebalancé cette tendance dans les années cinquante en redonnant au service public un rôle important dans la définition des grandes notions du droit administratif ; depuis lors, la doctrine reste partagée entre les auteurs pour qui la notion de service public continue à servir de critère d'application du droit administratif et de clause générale de compétence pour le juge administratif, et ceux pour qui le droit administratif est essentiellement le droit de la puissance publique, la compétence du juge administratif s'expliquant par la nécessité d'appliquer ce droit dérogatoire, — sous réserve de la possibilité, ingénieuse, de dissocier les deux types de problèmes et de croiser les deux critères (60). En réalité, cette bipolarisation est artificielle, dans la mesure où tous combinent, selon un alliage variable, les deux critères.

a) *Dans la définition du droit administratif...*

La disparition de l'adéquation puissance publique/service public conduit à affronter clairement le problème de la définition du droit administratif, qui avait été jusqu'alors occulté par la soumission de principe de l'administration à un régime exorbitant du droit commun : il y avait superposition, adéquation et par suite confusion de deux définitions possibles du droit administratif, l'une fondée sur l'*objet*, l'autre fondée sur le *contenu*. L'arrêt *Bac d'Eloka* bouleverse cette définition en montrant, non seulement que les activités administratives ne sont pas assujetties à un régime juridique uniforme, mais encore qu'elles sont placées en partie sous l'empire du droit privé. D'où deux problèmes entrecroisés : celui de savoir si le droit administratif doit être défini de manière *étroite*, en le limitant aux seules règles spéciales et autonomes, ou *large*, en y intégrant l'ensemble des règles juridiques, dérogatoires ou non, applicables à l'administration ; celui de savoir si les règles dérogatoires, qui forment selon la réponse donnée à la question précédente, tout ou partie du droit administratif, sont liées à la mise en œuvre de la *puissance publique*, ou au contraire à la poursuite d'une mission de *service public*. En fait, ces alternatives sont trop simples et la pratique du droit administratif révèle des solutions beaucoup plus nuancées : tout

(59) D. LINOTTE, *op. cit.*, pp. 88-89.

(60) C'est la thèse avancée par M. CHAPUS qui, dissociant le problème du régime juridique de l'administration de celui du contentieux, fonde le premier sur le service public et le second sur la puissance publique : la notion de service public entraînerait l'application de quelques grands principes généraux et communs, mais ne préjugerait pas des règles de compétence (« Le service public et la puissance publique », *R.D.P.* 1968, pp. 235 ss.

comme dans le droit applicable à l'administration s'enchevêtrent les règles ordinaires et exorbitantes, les dérogations se caractérisent aussi bien par la détention de moyens d'action privilégiés que par des sujétions particulières pesant sur la gestion. Le droit administratif trouve ses points d'ancrage, ses référents, aussi bien dans la puissance que dans le service.

1° L'imbrication des points de vue apparaît déjà lorsqu'il s'agit de circonscrire les contours du droit administratif. A première vue, l'opposition est nette entre ceux qui, tels G. VEDEL (61) ou A. DE LAUBADÈRE (62) se rallient à une définition restrictive en réduisant le droit administratif aux seules règles exorbitantes du droit commun, et ceux qui, en suivant C. EISENMANN, adoptent une définition extensive en visant l'ensemble des règles juridiques applicables à l'administration.

Pour les premiers, la distinction du droit administratif avec les autres branches du droit est d'ordre matériel (63) : c'est son contenu intrinsèque, la nature des règles qu'il comporte qui assure la spécificité du droit administratif. Cette présentation est conforme à la tradition du droit administratif français, qui a effectivement été conçu depuis les origines comme un droit autonome, distinct par essence du droit privé : cette autonomie était étayée dans la théorie de la puissance publique par le mythe de l'absolue supériorité de l'Etat ; elle n'a pas été réellement contestée par les théoriciens du service public qui ont seulement déplacé le fondement des règles du droit administratif sans remettre pour autant en cause leur caractère exorbitant. Elle traduit l'idée fondamentale selon laquelle l'administration ne peut être régie par le même droit que les simples particuliers ; elle n'est même pas soumise en principe au droit commun, sous réserve des exceptions tenant à ses privilèges ou à sa mission propre ; c'est globalement, et en toutes ses parties, que son régime juridique diffère des règles applicables dans le champ des rapports privés. Pendant longtemps, ce particularisme a suffi à justifier la compétence du juge administratif qui était appelé à intervenir chaque fois que devait être appréciée la portée d'une règle du droit administratif : il y avait coïncidence parfaite entre droit administratif et contentieux administratif, dont les limites se superposaient exactement. La spécificité du droit administratif était ainsi redoublée par le privilège de juridiction dont bénéficiait l'administration, le juge administratif ayant tendance à accentuer lui-même, par la production de normes, l'autonomie du droit administratif. Ce lien subsiste encore dans la doctrine actuelle, bien qu'il ait été quelque peu assoupli : à la stricte spécialisation des tribunaux en fonction du droit applicable a succédé une certaine collaboration des ordres juridictionnels, qui sont amenés à appliquer des règles de portée diverse ; en revanche, le droit administratif reste construit sur le dogme d'un contenu dérogatoire au droit commun. Cependant,

(61) *Droit administratif*, P.U.F., 6^e éd., 1976, p. 56.

(62) *Traité de droit administratif*, T. I, 6^e éd., 1973, n° 31.

(63) Le terme peut surprendre appliqué à G. VEDEL, qui prétend exclure précisément (voir *infra*, 2^e) tout critère d'ordre matériel de la définition du droit administratif ; cependant, comme le remarque justement C. EISENMANN (« La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *R.D.P.* 1972, p. 1386), la puissance publique est bien un régime qui se définit par un certain contenu (voir dans le même sens, R. LATOURNERIE, « Sur un lazare juridique ; bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence », *E.D.C.E.*, 1960, pp. 85-86).

cette conception est difficilement soutenable sous une forme rigide, notamment dans la didactique du droit administratif : il est en effet radicalement illusoire de prétendre réduire le champ d'étude du droit administratif aux seules règles dérogatoires, à la fois parce que la notion de « dérogation » est singulièrement équivoque et floue (64) — le droit privé comportant beaucoup de règles similaires à celles du droit public, dont on a tendance à surestimer l'originalité —, et parce qu'il est impossible de prétendre débrouiller ce gigantesque écheveau du droit applicable à l'administration, dans lequel aspects ordinaires et exorbitants se mêlent inextricablement ; la preuve en est qu'aucun manuel de droit administratif ne se cantonne en fait sur ce terrain fragile, en éliminant par exemple totalement le domaine de la gestion privée (65). Tous les auteurs envisagent bien le droit administratif comme un tout complexe et disparate.

Si l'on est alors amené à concevoir le droit administratif comme l'ensemble des règles applicables à l'administration, sans préjuger de leur singularité, et en prenant l'institution administrative pour assise (66), cela ne signifie pas pour autant que ces règles soient placées sur le même plan : les auteurs favorables à cette conception large admettent fort bien que l'administration est régie par un droit, en partie autonome, en partie identique du droit privé (67) — ce qui renvoie alors au problème du fondement des règles autonomes.

2° Les dispositions exorbitantes du droit administratif sont expliquées par le croisement des critères de la puissance publique et du service public. Là encore, les clivages doctrinaux semblent très accusés, et ce d'autant plus qu'ils évoquent des controverses théoriques plus anciennes ; mais l'écho qu'ils en donnent est très assourdi.

G. VEDEL (68) est le porte-parole de ceux pour qui les règles exorbitantes sont l'indice, le signe, le révélateur de la présence de la puissance publique dans l'action administrative. G. Vedel part de l'idée que, compte tenu des principes sur lesquels repose l'ordre juridique français, le droit administratif a nécessairement une base constitutionnelle et que ses notions fondamentales doivent prendre racine dans la constitution. Cette constatation le conduit à écarter résolument le critère du service public. Certes, la théorie du service public a joué, dans l'élaboration du droit administratif, un rôle positif, en mettant l'accent sur les finalités de l'institution administrative et en liant les privilèges de l'admi-

(64) C. EISENMANN (« Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes [collectivités] publiques », *J.C.P.*, 1949, n° 742 et 751) constate par exemple que le régime de la responsabilité administrative ne diffère pas fondamentalement de celui de la responsabilité privée : non seulement une partie considérable de la responsabilité publique est régie par le même droit que la responsabilité privée, mais encore le droit « spécial » qui régit l'autre moitié est loin de se différencier essentiellement, pour le tout, du droit privé (voir dans le même sens, G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, Thèse, Paris, 1962 [ronéo] ; J.C. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée », *Mél. Eisenmann*, Cujas, 1974, pp. 361 ss.).

(65) C. EISENMANN, *R.D.P.* 1972, *op. cit.*, pp. 1381-1382.

(66) En ce sens C. EISENMANN, *Ibid* ; P. AMSELEK, « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *A.J.D.A.* 1968, p. 492.

(67) C. EISENMANN, « Droit public, droit privé », *R.D.P.* 1952, p. 902 ; *J.C.P.* 1949, *op. cit.* ; *R.D.P.* 1972, *op. cit.*

(68) « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *Mél. Mestre*, pp. 527 ss. ; *E.D.C.E.* 1954, *op. cit.*, pp. 25 ss. ; *Droit administratif*, *op. cit.*

nistration aux buts qu'elle poursuit. Mais, et cela suffit à expliquer la crise qu'elle a connue, ce n'est pas une notion constitutionnelle : la constitution n'y fait pas allusion, sauf sur le point très particulier des nationalisations, et surtout son vice congénital, c'est d'être de nature matérielle ou fonctionnelle ; or, le droit constitutionnel utilisant avant tout des critères organiques et formels, par exemple pour classer les diverses catégories d'actes juridiques, le droit administratif ne saurait être construit sur des fondements différents (69). La puissance publique ne suscite pas, en revanche, cette objection, parce qu'elle est indissociable de la notion constitutionnelle de « pouvoir exécutif » (avant 1958) ou de « pouvoir gouvernemental » (depuis 1958), dont l'exercice implique la mise en œuvre d'un ensemble de *prérogatives* et de *sujétions* (70) exorbitantes, regroupées sous le vocable de puissance publique : le régime de puissance publique se traduit par la possibilité de prendre des décisions unilatérales s'imposant aux tiers et créant pour eux des droits et obligations, ainsi que par le privilège d'échapper au juge ordinaire ; il entraîne aussi l'obligation de respecter la hiérarchie des normes et de répondre des conséquences dommageables de ses actes. Le droit administratif est formé, pour G. Vedel, de ces règles exorbitantes de puissance publique, auxquelles l'administration est normalement soumise, sauf si elle se place elle-même dans les conditions du droit privé ; elle quitte alors le champ du droit administratif ; son activité est assimilable à celle d'une personne privée et ne pose plus de problème spécifique. Cette analyse a le mérite incontestable de mettre l'accent sur le phénomène du *pouvoir administratif* : l'administration dispose de moyens d'action privilégiés, de prérogatives inconnues dans les rapports entre particuliers, et dont elle est habilitée à faire usage dans des conditions précises. En revanche, il est vrai que la notion de puissance publique, présentée abusivement comme étant de nature « formelle » (71), est conçue par G. Vedel de manière extensive — l'introduction de l'élément « sujétions » n'apparaissant guère convainquante (72) — et trop peu précise : un examen critique montrant que de nombreuses « prérogatives de puissance publique » ou « clauses exorbitantes » se rencontrent en fait dans la sphère des relations privées (73), la puissance publique tend à se réduire au seul privilège du préalable et de

(69) Ce n'est pas pour cette raison d'ordre constitutionnel mais pour leur qualité intrinsèque que F.-P. BÉNOT privilégie lui aussi les critères formels (*op. cit.*, n^{os} 118-120) : les critères formels, dont relève selon lui la puissance publique, constitueraient en effet des instruments de travail plus utilisables, plus opérationnels que les critères matériels.

(70) Autre face de la puissance publique mise à nu par G. Vedel, après les observations présentées par J. RIVERO (*R.D.P.* 1953, *op. cit.*, p. 289) pour qui « la dérogation au droit commun ne se fait pas à sens unique, mais dans les deux directions, opposées, du plus et du moins » : les règles du droit administratif ne seraient pas uniquement extensives du pouvoir de l'administration ; elles réduiraient aussi ce pouvoir en le liant par des servitudes particulières.

(71) Voir *supra*, note 63.

(72) Le principe de légalité, qualifié par C. Eisenmann de « pauvre truisme sans consistance » (*R.D.P.* 1972, *op. cit.*, p. 1370), et le principe de responsabilité peuvent être difficilement considérées comme révélant la présence de la puissance publique.

(73) En ce sens, J.-C. VENEZIA, *op. cit.*

l'utilisation de la force (74), c'est-à-dire au noyau dur de la contrainte, sur lequel on ne saurait fonder l'ensemble des solutions du droit administratif. Si l'on admet parallèlement qu'aucune activité administrative n'est totalement assimilable à une activité privée, même dans le cas où la puissance d'Etat est peu apparente on est conduit à recourir au critère complémentaire du service public pour expliquer ce régime juridique commun aux différentes formes administratives.

A l'inverse, les autres auteurs font du service public la notion-clé du droit administratif (75) : la spécificité du droit administratif ne serait pas essentiellement fondée sur les privilèges détenus par l'administration, mais sur la nature intrinsèque de son activité (76) ; c'est parce que l'administration est tournée vers le service du public, vers l'intérêt général, qu'elle est soumise à des règles différentes de celles du droit commun. Le droit administratif serait un droit « téléologique », tout entier « orienté, finalisé, tendu vers la satisfaction des besoins de chacun et de tous » ; c'est le but qui lui donne sa meilleure justification et qui constituerait sa raison d'être (77). L'arrêt *Bac d'Eloka* a sans doute révélé que la gestion d'un service public pouvait être assurée dans des conditions proches du droit privé ; il n'a pas pour autant supprimé tout intérêt à la référence au service public, dont la jurisprudence ultérieure a montré qu'il continuait à occuper une position fondamentale au cœur du droit administratif. A la notion de service public sont attachés d'abord par la jurisprudence des effets juridiques directs : tous les services publics, quel que soit leur domaine d'activité, sont soumis à des obligations communes et spécifiques, traduites par les grands principes de continuité, égalité, mutabilité ou efficacité (78). Mais la notion de service public est aussi le principe d'unification des grandes notions du droit administratif : par son caractère transversal ou horizontal, elle permet la jonction, le raccordement, la connexion, des divers régimes administratifs spécialisés ; c'est à partir du service public, et de lui seul, qu'on peut comprendre la logique d'organisation et mettre à jour la cohésion interne du droit administratif français. Il reste que, si la notion n'est ni aussi « cacochyme » ou « valétudinaire » que certains le prétendent (79), sa portée ne saurait être surestimée, et le service public érigé en critère unique du droit administratif comme au temps de la splendeur de l'école du service public : les quelques grands principes généraux qui régissent le fonctionnement de tous les services publics ne représentent qu'une infime partie des règles juridiques qui leur sont applicables ; et la qualification de service public ne suffit pas à placer d'office l'ensemble des éléments constitutifs de sa gestion sous l'emprise du droit public. Le service public n'est jamais soumis de plein droit, et parce qu'il est service public, à un régime globalement dérogoratoire au droit commun : encore faut-il analyser la

(74) En ce sens, R. CHINOT, *Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, Thèse, Paris, 1945, p. 181 ; M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Dalloz, 1960, p. 99 ; G. DUPUIS, *op. cit.*

(75) Voir par exemple, A. de LAUBADÈRE, *Traité, op. cit.*, n° 64 ; M. BOURJOL, *Droit administratif, I. L'action administrative*, Masson, 1972, p. 294.

(76) R. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 103.

(77) D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977, p. 370.

(78) Ce sont les grandes lois dégagées par L. ROLLAND (*Précis, op. cit.*, p. 17).

(79) En ce sens, R. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 157.

nature de l'activité, les conditions concrètes de la gestion, les prérogatives mises en œuvre, pour apprécier l'étendue de la soumission à des règles exorbitantes (80). De ce fait, les tenants du service public sont amenés à admettre que celui-ci, tout en demeurant « la plus importante des données susceptibles de servir à la construction scientifique du droit administratif » (A. De Laubadère) ne joue pas un rôle exclusif et doit nécessairement être combiné avec d'autres éléments, au premier rang desquels figurent les procédés de gestion utilisés, c'est-à-dire la puissance publique. Ainsi se trouve réalisée l'imbrication des notions de puissance publique et de service public dans la définition du droit administratif ; il en va de même pour la délimitation du contentieux administratif.

b) *Dans la délimitation du contentieux administratif...*

Si l'on suit la doctrine dominante (81), le problème ne devrait pas appeler de développements particuliers, dans la mesure où il est censé renvoyer au problème précédent. La vieille idée, qui a été à l'origine de l'institution de la juridiction administrative, demeure en effet toujours valable : le juge administratif est compétent dès l'instant où il y a des règles spéciales à appliquer. Le principe, aujourd'hui comme par le passé, est que « la compétence suit le fond » : le litige relève du juge administratif, lorsque sa solution exige l'application d'une règle de droit public ; si au contraire seules des questions de droit privé sont en cause, la compétence appartient à l'ordre judiciaire. C'est dans « la considération du droit applicable à la solution du litige » que réside la clef de répartition des compétences juridictionnelles ou encore la « clause générale de compétence » (82) ; la délimitation du contentieux administratif coïncide avec la définition du droit administratif, ou du moins des règles exorbitantes qu'il comporte.

Cette présentation ne peut donner satisfaction pour deux raisons essentielles. D'abord, parce que le problème ainsi déplacé vers le droit applicable reste entier : il s'agit en effet de déterminer quels sont les signes qui permettent de dire qu'un litige doit être réglé selon les règles du droit public ou selon celles du droit privé. Or, la réponse, loin d'être évidente, est précisément l'enjeu même du débat contentieux : elle dépend d'une appréciation du juge dans laquelle fond et compétence sont étroitement mêlés et rétroagissent l'un sur l'autre ; le droit applicable est tout autant la résultante de la solution retenue en matière de compétence que l'inverse. Le critère est donc en trompe-l'œil et de peu d'utilité pratique (83). Ensuite, parce que l'imbrication des règles

(80) En ce sens, J. PETOT, « Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français », *R.D.P.* 1965, p. 377 ; P. AMSELEK, *op. cit.*

(81) Voir par exemple C. EISENMANN, « Les rapports entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit français », *Mél. Maury*, p. 379 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, n° 339 ; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, n° 696 ; A. de LAUBADÈRE, *Traité*, *op. cit.*, n° 32 ; J. RIVERO, *Précis*, *op. cit.*, p. 167.

(82) J.-M. AUBY et R. DRAGO, *ibid.*

(83) C. DEBBASCH (*Institutions et droit administratifs, II. L'action et le contrôle de l'administration*, P.U.F., Coll. Thémis, 1978, p. 358) l'estime à juste titre « médiocre » ; voir dans le même sens, P. WEIL, *op. cit.* L'incertitude qui s'attache à ce critère est bien perçue par J. Rivero (p. 167) et A. de Lauba-

applicables interdit de lier trop étroitement fond et compétence : le juge administratif applique aussi bien des règles de droit privé que le juge judiciaire les règles exorbitantes du droit administratif, notamment lorsque ces règles interviennent de manière incidente dans la solution du litige ; et, comme on l'a dit, le droit administratif n'étant lui-même que partiellement dérogatoire au droit commun, le juge ne peut trouver dans l'existence de dérogations, dont la portée est au surplus difficile à apprécier, un critère pleinement satisfaisant. Le juge se prononce en fait sur sa compétence en fonction d'une appréciation globale portée sur la nature du litige et qui dépend là encore du jeu combiné et entrecroisé des notions de puissance publique et de service public ; et la doctrine est amenée à se référer à ces notions pour préciser le critère du « droit applicable ».

1° La référence à la puissance publique pour déterminer les limites du contentieux administratif est à première vue conforme à l'orientation nouvelle de la jurisprudence, prise dans l'arrêt *Bac d'Eloka* : le juge administratif n'est compétent que si l'activité administrative est gérée dans des conditions dérogatoires au droit commun ; le contentieux administratif résulte de la mise en œuvre de procédés de gestion publique, c'est-à-dire en fait de l'utilisation de la puissance publique. Il ne suffit pas qu'il y ait service public pour que le juge administratif soit compétent : il faut encore qu'il trouve dans le régime applicable des éléments exorbitants révélant la présence de la puissance publique et justifiant à ce titre son intervention. Le maniement de ce critère est facilité par le recours à un jeu de présomptions, liées à l'objet du service : si le service public est de nature « administrative », sa gestion est globalement marquée de l'empreinte du droit public ; en revanche, s'il est de nature « industrielle et commerciale », le droit privé lui est en principe applicable. Il y a donc des « services à gestion publique », qui correspondent aux tâches traditionnelles de l'administration et relèvent du juge administratif, et des « services à gestion privée », dont l'activité de nature économique est comparable à celle des entreprises privées et doit par suite relever du juge judiciaire. Sans doute, la jurisprudence a-t-elle, après 1955-56, fait appel au service public dans un certain nombre de domaines. Néanmoins, cette « revalorisation » n'a été que relative : la notion de service public n'est jamais utilisée comme critère direct de compétence du juge administratif, mais seulement comme élément de définition d'autres notions ; et son rôle est limité, puisqu'elle ne concerne réellement que les contrats « à finalité interventionniste » — ou concessions contractuelles de service public — et le domaine public ; ailleurs, la référence au service public n'a de pertinence qu'assortie d'une précision relative au caractère administratif du service, c'est-à-dire aux procédés de gestion publique. Ceci autorise de nombreux auteurs (84) à conclure que le contentieux administratif est

dère (n° 764), pour qui c'est en général par l'intermédiaire d'autres critères que joue la considération du droit à appliquer, la référence directe étant l'exception.

(84) Notamment, C. EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, Les Cours du droit, 1958-59, pp. 21 ss. ; J. RIVERO, *R.D.P.* 1951, p. 275 ; G. VEDEL, *Droit administratif*, *op. cit.* Voir aussi J.-L. de CORAIL, *La crise de la notion de service public* (préface Couzinet), Thèse 1954 ; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, n°s 696-697 ; R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 272.

essentiellement le contentieux des actes et des opérations de puissance publique.

A cette analyse, on peut opposer quelques objections. D'abord l'utilisation du critère de la puissance publique suscite à peu près les mêmes difficultés que celui du droit applicable : non seulement les prérogatives de puissance publique sont assez souvent la conséquence de la soumission par le juge de l'activité au droit public, mais encore le juge judiciaire est appelé, dans une mesure non négligeable, à connaître du contentieux des actes de puissance publique (85). Ensuite la distinction gestion publique/privée joue, on l'a dit, à travers le prisme de la distinction des services administratifs/industriels et commerciaux : or, de même que la gestion des services administratifs n'est pas entièrement exorbitante du droit commun, celle des services industriels et commerciaux n'est qu'en partie privatisée. Enfin, il faut tenir compte des grandes notions verticales du droit administratif qui, constituant autant de blocs de compétence, sont assez souvent construites sur le service public, ainsi que du statut public/privé du gestionnaire. Il y a en réalité plusieurs clivages, plusieurs grilles, à superposer, et la gestion publique ne constitue qu'un des éléments à retenir. De ce fait, les auteurs précités sont amenés à corriger le critère de la puissance publique par un « retour partiel » (86) à la notion de service public.

2° Pour le reste de la doctrine, le service public reste, en dépit de la jurisprudence *Bac d'Eloka*, le critère principal de la compétence administrative (87), ou plus exactement la notion qui permet, en présumant l'application d'un régime de droit public, de fonder la compétence du juge administratif (88). L'idée de départ est celle de la coïncidence du contentieux administratif avec la sphère du service public : cette règle joue de manière négative, en excluant du contentieux administratif les activités, telles que la gestion du domaine privé, qui ne sont pas des services publics, et de manière positive, en entraînant la compétence administrative de principe pour l'ensemble des litiges nés de l'organisation et du fonctionnement d'un service public. Elle connaît cependant une série d'atténuations : les tribunaux judiciaires peuvent en effet retrouver compétence, soit sur la base de textes spéciaux, soit en raison du recours à des procédés de « gestion privée » — ou encore parce que « la nature de la situation concernée et des questions soulevées implique l'application d'un régime de droit privé » (89). La qualification de service public est une condition nécessaire mais non suffisante pour que les litiges soient soumis au juge administratif : lorsqu'un service public est en cause, il faut encore examiner s'il ne fonctionne pas dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée, auquel cas il relèvera de la compétence judiciaire ; la compétence adminis-

(85) Notamment en matière d'atteintes aux libertés individuelles, de fonctionnement des services judiciaires, d'impôts indirects (voir P. AMSELEK, *op. cit.*).

(86) F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, n° 709.

(87) A. de LAUBADÈRE, « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », *A.J.D.A.* 1961, p. 591 et *Traité, op. cit.*, pp. 750 ss. Voir aussi R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours du droit, 1970-71, 6 vol. ; P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 502 ; C. DEBBASCH, *op. cit.*, pp. 323-324.

(88) J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, n° 339.

(89) Formule que P. AMSELEK estime préférable à celle, trop restrictive à ses yeux, de « gestion privée ».

trative n'est pleine et entière qu'à l'égard des services gérés selon des règles exorbitantes du droit commun et mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique. La distinction gestion publique/privée n'est pas dépourvue d'importance, mais elle tient seulement le rôle d'un élément réducteur de la compétence du juge administratif. Le service public n'est donc, pour les tenants de cette thèse, nullement conçu comme un critère exclusif et suffisant de répartition des compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire : il est assorti de critères subsidiaires et complémentaires, au premier rang desquels figure la puissance publique, et qui servent à réduire l'étendue de la compétence administrative. Il apparaît donc bien que la délimitation du contentieux administratif est opérée à l'aide de deux critères, l'un *large* fondé sur la notion de service public, l'autre *étroit* fondé sur les moyens de puissance publique (90), et que la doctrine est obligée, pour rendre compte de la jurisprudence, de les combiner et de les entrecroiser.

La disjonction opérée en 1921 entre puissance publique et service public n'a donc nullement abouti, comme on aurait pu s'y attendre, à la reconstruction du droit administratif sur un principe moniste. Puissance publique et service public, qui ont désormais acquis une consistance propre et une autonomie relative, représentent au contraire *les deux pôles* sur lesquels repose le droit administratif, qui joue alternativement sur l'une et/ou sur l'autre de ces notions ; et *cette structure bipolaire contribue à enrichir la dialectique du droit administratif*, en autorisant des renvois incessants et des croisements subtils. La soumission de l'administration à des règles et à des juges spéciaux est fondée aussi bien sur les moyens qu'elle peut mettre en œuvre que sur la mission qui lui est assignée : *le droit administratif est un droit de puissance mais aussi de service, un droit de privilèges mais aussi de sujétions*. L'entrelacement des deux notions est d'ailleurs poussé plus loin encore, dans la mesure où elles ne peuvent être juridiquement définies indépendamment l'une de l'autre (91) : tandis que l'existence de prérogatives exorbitantes du droit commun est un des éléments de la définition du service public (92), la qualification de service public entraîne

(90) En ce sens, M. BOURJOL (*op. cit.*, p. 79) qui souligne que, si la compétence du juge administratif est dominée par le critère du service public, les moyens de puissance publique sont aussi « la raison d'être et le révélateur » du contentieux administratif.

(91) En ce sens, F. d'ARCY, « Une idéologie en déclin : le droit », *Actes*, n° 4, 1974, p. 23, note 2.

(92) Le régime exorbitant est un des indices sur lesquels le juge se fonde pour ériger une activité en service public : le simple but d'intérêt général ne suffit pas ; il faut encore que le juge trouve dans le régime applicable des particularités suffisantes (voir mon étude, *Public. Amiens, op. cit.*, pp. 159 ss. ; P. SABOURIN, « Mission de service public, prérogatives de puissance publique et notion d'autorité administrative », *J.C.P.* 1971, I, n° 2407 ; J.-L. de CORAIL, « L'identification du service public dans la jurisprudence administrative », *Mél. Burdeau, L.G.D.J.*, 1977, pp. 795-796). On peut trouver dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône* (R.D.P. 1979, p. 899, note Robert, conclusions Galabert ; *D.* 1979, II, p. 250, note Amselek et J. Waline ; *Droit rural*, 1979, p. 132, note Moderne) l'illustration la plus récente de cette exigence : le Conseil d'Etat constate que si l'association en cause est un organisme de droit privé remplissant, sous le contrôle de l'Etat, des « missions d'intérêt général », aucune disposition législative au réglementaire ne lui a conféré de « prérogatives de puissance publique » et que les actions en responsabilité doivent, dans ces conditions, être portées devant les tribunaux judiciaires ; pas de service public donc sans prérogatives de puissance publique.

l'application d'un régime relativement spécifique et l'utilisation de certains moyens d'action privilégiés ; certes, ce régime est d'intensité variable, et les prérogatives dosées selon la nature de l'activité (93), mais il n'y a pas de service public dont la gestion soit purement et simplement assimilable à celle d'une entreprise privée et qui ne fonctionne sans un minimum de règles dérogatoires au droit commun. De même que la détention de prérogatives exorbitantes provoque l'incorporation dans le service public, la gestion d'un service public donne accès à la puissance. Cette imbrication du service et de la puissance dans la pratique juridique est trop systématique pour avoir seulement une raison d'être et une portée instrumentales ; elle ne peut se comprendre que si l'on tient compte de la dimension idéologique du droit administratif français : derrière les concepts fondamentaux qu'il utilise, *c'est tout le système de légitimation de l'Etat qui est en-jeu.*

II. — L'EN-JEU IDEOLOGIQUE

Le problème des critères du droit et du contentieux administratifs n'est pas seulement de nature technique : il met en réalité en jeu toute une conception de l'Etat ; et les notions utilisées par le droit administratif sont indissolublement liées au système de représentations sur lequel s'appuie l'institution étatique. Parce que l'administration est l'appareil chargé de mettre en œuvre la puissance d'Etat, les principes qui déterminent les conditions et les formes de sa soumission au droit, l'étendue et les limites de ses pouvoirs, impliquent nécessairement une certaine vision de ce qu'est l'Etat, de la position qu'il occupe dans la société, de ses relations avec les individus ; *l'idéologie est partout présente dans le jeu du droit administratif* : c'est d'elle que provient le scintillement de ses concepts, le miroitement de ses effets. Cette dimension idéologique est très apparente pendant toute la période de formation du droit administratif français : derrière les discussions portant sur les questions concrètes de définition du champ d'application du droit administratif ou de délimitation des compétences juridictionnelles, c'est toujours le fondement du droit administratif qui est en cause ; il s'agit de savoir sur quelle base théorique, à partir de quelle représentation de l'Etat, construire l'appareil conceptuel du droit administratif. De ce fait, les débats qui déroulent alors au sein de la doctrine française du droit public n'ont pas seulement pour résultat d'étayer le droit administratif à l'aide de référents solides ; ils contribuent encore à approfondir et à enrichir la mythologie étatique : par le renvoi incessant d'une notion à l'autre, ils créent une tension positive, une dynamique favorable aussi bien au renforcement de l'institution étatique qu'à l'affermissement du droit administratif. Par delà les oppositions doctrinales souvent très vives, c'est un système cohérent de légitimation de l'Etat qui se met progressivement en place, par le croisement des idées de

(93) Comme le remarque R. LATOURNERIE (*op. cit.*, p. 118), le régime n'est pas nécessairement spécial « jusque dans ses moindres détails » et il peut même se borner à ne l'être que dans une proportion réduite ; il sera dosé en fonction du « principe de proportionnalité des moyens aux fins » (p. 124).

puissance et de service. La disparition, après 1930, des controverses théoriques sur les fondements du droit administratif révèle que la construction idéologique de celui-ci est achevée : rayonnant à travers tout le droit administratif, l'idéologie est désormais inapparente et inavouée. *La dialectique de la puissance et du service qui domine sur le plan juridique est en même temps la clef du dispositif de légitimation de la puissance d'Etat* ; et par le jeu de cette superposition, la simple pratique juridique du droit administratif suffira à réactiver en permanence les représentations dont bénéficie l'Etat.

A. — CONTRASTE.

Les notions de puissance publique et de service public qui apparaissent successivement en droit administratif français renvoient à des principes de légitimation à première vue très différents. La théorie de la puissance publique repose sur l'affirmation emphatique de la suprématie de l'administration. Elle passe par l'érection d'une instance étatique mythique qui, incarnant l'unité de la société, est censée disposer d'une autorité absolue sur les membres : en tant qu'elle projette cette puissance de l'Etat dans le champ des rapports sociaux, l'administration est dotée d'un statut privilégié et soustraite à l'application des règles du droit commun. Le droit administratif est l'expression de cette prééminence et la traduction tangible de la toute puissance d'Etat. On a vu que cette conception l'avait emporté à l'origine, et que c'est elle qui avait entraîné l'élaboration d'un droit administratif autonome. La théorie du service public, qui la supplante au début du xx^e siècle, repose sur l'idée inverse de subordination. L'administration n'est pas là pour dominer mais pour servir : son rôle est de prendre en charge la préservation des intérêts généraux de la société et de fournir aux administrés les prestations qu'ils réclament ; les prérogatives qu'elle détient sont tout à la fois justifiées et limitées par la nature particulière des objectifs qui lui sont assignés. Le droit administratif n'est plus que l'expression des obligations spécifiques qui pèsent sur l'administration et le moyen d'obtenir son assujettissement juridique. Cette opposition doit être cependant nuancée. D'abord, parce que puissance publique et service public constituent l'un et l'autre des *principes de légitimation*, qui à ce titre contribuent également à renforcer le pouvoir de l'administration : en plaçant l'administration à l'abri de toute contestation et en lui donnant une meilleure base de légitimité, la théorie du service public favorisera ainsi, de manière involontaire mais au demeurant logique, l'extension de son emprise sociale. Ensuite, parce que puissance publique et service public ne sont pas substituables l'un à l'autre : ils vont tendre en réalité à combiner leurs effets et à former un véritable *binôme*, dont l'articulation commence à apparaître avec la théorie de l'institution.

1) L'IDÉOLOGIE DE LA PUISSANCE.

Le droit administratif a d'abord été construit sur le dogme de la toute puissance de l'Etat, qu'il a fortement contribué à imprégner dans les esprits. Si l'administration dispose de moyens d'action privilégiés, et

notamment du pouvoir de commandement et de contrainte, c'est parce qu'elle est l'instrument, le bras séculier, d'une entité supérieure — l'Etat —, dont elle est chargée de mettre en œuvre la puissance. Le pouvoir n'appartient pas aux administrateurs qui l'exercent en fait, mais à cette personne juridique abstraite, à qui tous les actes de puissance doivent être rapportés et imputés. L'idéologie de la puissance aboutit à ériger en surplomb, au-dessus, de la société une instance mythique — l'Etat — placée à l'abri de toute appréhension directe et dotée d'une autorité absolue, illimitée, et pour tout dire sacrée, sur les membres ; elle voue ainsi la société à une hétéronomie radicale, puisque c'est dans un ailleurs, dans un au-delà, que réside son sens, sa Loi, et la source de tout pouvoir social.

1° Cette exaltation de la puissance étatique est, au XIX^e siècle et au début du XX^e, à la base de la doctrine allemande et française du droit public. Pour les auteurs allemands, tels GERBER, LABAND (94), IHERING, et surtout JELLINEK (95), l'Etat détient le pouvoir de domination (*Herrschaft*), c'est-à-dire le droit de commander d'une façon absolue et avec une puissance de coercition irrésistible : on ne peut se soustraire à ses injonctions, car elles émanent d'une instance supérieure, à qui est due obéissance. Le pouvoir de domination, qui est à la fois la propriété et le signe distinctif de l'Etat, est concrétisé par la norme juridique ; l'Etat est la source unique du droit : c'est à lui, et à lui seul, qu'il appartient d'émettre des règles s'imposant aux administrés avec force obligatoire et d'en assurer le respect par le recours à la coercition. Le droit est l'expression de la puissance intrinsèque de l'Etat : il ne lui est ni antérieur, ni par suite supérieur. Puisque l'Etat est à l'origine du droit, puisque c'est de lui que dépend le contenu de l'ordonnement juridique, le droit ne saurait constituer pour lui une contrainte externe, une limite objective : non seulement c'est à lui de fixer les règles applicables à ses activités et régissant son organisation interne (pouvoir d'auto-organisation) — par exemple par l'établissement d'une constitution —, mais encore ces règles ne s'imposeront à lui, ne limiteront ses pouvoirs, que par effet de sa propre volonté. Si l'Etat est soumis au droit, ce n'est jamais que volontairement, de son propre mouvement, et par application de l'idée d'*auto-limitation*. Sans doute, dans les sociétés modernes, l'exercice du pouvoir d'Etat est juridiquement réglé et voué à un système de limitation permanente ; néanmoins, l'Etat garde toujours la possibilité de modifier l'ordre juridique en vigueur et d'établir un nouveau cadre juridique. Cette position particulière de l'Etat par rapport au droit explique qu'il ne peut être régi par les mêmes règles que les simples particuliers ; il est assujéti à un droit spécial, le droit administratif, qui repose tout entier sur l'idée d'*auto-limitation*. Cette présentation montre assez combien la doctrine allemande a été influencée par Hegel pour qui l'Etat, en tant que principe de totalité, est par essence dépourvue de limites externes : il y a seulement *auto-limitation* par le jeu du mouvement d'opposition dialectique entre l'universel et de l'individuel, le général et le particulier, qui se produit au sein même du concept d'Etat.

(94) *Droit public de l'Empire allemand*, Trad. Paris, 1901.

(95) *L'Etat moderne et son droit*, Trad. Paris, 1911.

2° Les grandes lignes de cette analyse se retrouve, sous réserve de quelques transpositions et adaptations, dans la théorie française de la *souveraineté*, à laquelle CARRÉ DE MALBERG (96) a donné l'expression la plus achevée. La théorie de la souveraineté part sensiblement des mêmes postulats que celle de la *Herrschaft* : derrière la personne physique des gouvernants, se profile une personne morale abstraite, l'Etat, qui constitue le fondement permanent du pouvoir ; l'Etat dispose d'une puissance supérieure, d'une autorité suprême, qui prévalent sur l'ensemble des volontés individuelles ; le droit ne précède pas l'Etat mais naît au contraire de la puissance étatique (97) ; enfin, c'est dans la propre volonté de l'Etat qu'il faut chercher le principe de limitation de ses pouvoirs (98).

Les variantes résident, d'une part dans une définition plus stricte de l'idée de puissance d'Etat par le jeu de son intégration dans le concept de « souveraineté », d'autre part dans une orientation plus « démocratique » du fait de l'établissement d'un lien structurel entre *Etat* et *Nation*. Alors que la théorie allemande de la *Herrschaft* définit la puissance d'Etat de manière exclusivement « positive » ou affirmative, comme pouvoir de domination, la théorie française de la souveraineté s'attache aussi aux caractéristiques « négatives », qui font de l'Etat le seul détenteur légitime de la puissance sur un territoire donné : l'autorité souveraine n'a pas seulement des prérogatives de contrainte ; elle est aussi indépendante (elle se fixe à elle-même son domaine d'action et ses limites), une (sur un même territoire, il n'y a jamais qu'une souveraineté), indivisible (elle ne peut être morcelée) inaliénable et imprescriptible. Tout Etat a nécessairement le pouvoir de domination, la puissance commandante ; pour qu'il soit souverain, il faut en plus qu'il ait la faculté de déterminer sa propre compétence, qu'il soit totalement libre de l'étendue de ses attributions. La souveraineté désigne une puissance par essence illimitée, qui n'est liée par aucune règle de droit préexistante et délimite librement son champ d'intervention. L'Etat est souverain « en tant qu'il reste maître de se fixer sans cesse les règles qui sont de nature à le limiter » (p. 234). Il n'y a au-dessus de l'Etat souverain aucune puissance qui soit capable de le limiter juridiquement. La souveraineté présente donc *deux faces*, externe et interne : elle caractérise l'Etat qui ne connaît aucune puissance supérieure à la sienne au-dehors, aucune puissance égale à la sienne au-dedans (99). Par ailleurs, et surtout, la doctrine

(96) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. I, Sirey, 1920.

(97) Pour CARRÉ DE MALBERG, le droit est une création de l'Etat : seul l'Etat a la puissance de conférer à certaines règles force obligatoire, et la source du droit positif ne saurait donc être recherchée « au delà de la puissance et de la volonté de l'Etat » (p. 239).

(98) CARRÉ DE MALBERG adhère sans réserves à la théorie allemande de l'auto-limitation (p. 234). Certes l'Etat est une « institution juridique », dans la mesure où « sa puissance se meut dans le cadre d'un ordre juridique déterminé et s'exerce selon certaines règles formant d'une façon stable le droit public de la communauté » (p. 198) ; l'ordre juridique ne lie donc pas seulement les sujets mais aussi l'Etat. Seulement, ce n'est pas de la même façon ; car à la différence de ses sujets, « l'Etat peut changer le droit existant » (p. 229). La souveraineté de l'Etat réside précisément dans le fait qu'il est « la source du droit qui limite sa puissance (p. 242) et que les limitations apportées à sa puissance reposent sur sa seule volonté.

(99) Cette différence d'interprétation entre la doctrine allemande et la doctrine française n'est évidemment pas le fait du hasard : l'Allemagne a en effet connu les diverses formes de fédéralisme, dans lequel les Etats fédérés ont le pouvoir de domination sans avoir pour autant la maîtrise de leurs

française voit dans l'Etat, non le fait politique originaire, mais l'expression de la Nation, sa « personification juridique » (100). Une nation n'a en effet pas d'unité ni d'existence réelle tant qu'elle n'est pas organisée : elle ne forme une entité collective qu'à partir du moment où des organes sont habilités à parler en son nom, à agir pour son compte et à défendre les intérêts des membres ; alors la communauté nationale se transforme en Etat. L'Etat apparaît lorsque, pour répondre aux besoins collectifs, l'organisation d'un pouvoir de contrainte devient indispensable et est acceptée, reconnue ou seulement supportée par les membres du groupe ; c'est la mise en place d'un système structuré de domination qui crée l'Etat. Mais cet Etat repose sur le consentement du groupe, qui sera traduit de manière tangible par la « constitution », dans laquelle l'Etat puisera le fondement de sa personnalité juridique et de ses pouvoirs. Si donc la puissance de l'Etat est un fait, elle n'est que la projection de la volonté du groupe : c'est l'organisation que se donne la Nation pour défendre ses intérêts communs.

On aperçoit dès lors un double glissement sensible dans le système de légitimation par rapport à la théorie de la *Herrschaft* : la toute puissance de l'Etat s'appuie, d'une part sur le consensus de la Nation, d'autre part sur les fins de son institution ; « l'Etat et sa puissance se justifient par les *buts* en vue desquels ils existent l'un et l'autre, et par le fait que ces buts, dont la réalisation présente un intérêt capital pour toute Nation et même pour les membres individuels du corps national, ne pourraient pas être atteints sans le secours de la puissance étatique » (p. 195). Ainsi se trouve introduit l'élément de but, qui annonce déjà l'entrelacement des thèmes de la puissance et du service.

2) L'IDÉOLOGIE DU SERVICE.

L'idéologie de la puissance dans laquelle l'Etat moderne a trouvé, à partir du XVI^e siècle son principe fondamental de légitimation et la justification de sa soumission à des règles spécifiques, va être, au début du XX^e siècle, fortement ébranlée : sous l'assaut impétueux, et à proprement parler sacrilège, de DUGUIT l'iconoclaste, qui n'hésite pas à s'attaquer aux fausses idoles, elle vacille, chancelle et manque de s'effondrer. La doctrine française de droit public perd ses points d'ancrage théoriques, ses référents traditionnels : les mythes relatifs à la toute puissance de l'Etat et de ses représentants se dégonflent comme de véritables baudruches ; ce qui était jusqu'alors dogmes indiscutables, vérités incontestables, certitudes établies, devient artifices, subterfuges, évidences tronquées. Là se situe l'apport essentiel de Duguit, car les conséquences concrètes de ce travail de remise en cause des fondements du droit public seront beaucoup plus limitées : *loin d'avoir*, comme on pourrait le penser, *une portée corrosive, caustique, destructrice, l'analyse de Duguit n'a qu'un effet décapant, abrasif* ; elle va permettre de redonner à la théorie de l'Etat un lustre nouveau et de reconstruire le dispositif de légitimation sur des bases plus solides.

compétences ; au contraire, la théorie de la souveraineté s'adapte bien au cas de l'Etat français conçu sur un mode unitaire et hyper-centralisé.

(100) Voir aussi A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 8^e éd., 1927, 2 vol. (revue par NEZARD).

1° Duguit va d'abord démolir l'édifice bâti par les théoriciens de la puissance jusqu'à ce qu'il n'en reste pierre sur pierre. La *souveraineté* n'existe pas : ce qui existe est seulement la « croyance » en la souveraineté, et cette croyance est néfaste parce qu'elle interdit toute possibilité de construction du droit public. Il ne peut y avoir en effet de droit public que si l'Etat est lié par la norme juridique ; or, la souveraineté lui donne au contraire une maîtrise absolue sur le processus de création du droit. Sans doute, les juristes allemands ont-ils inventé la théorie « ingénieuse » de l'auto-limitation ; mais cette théorie est insuffisante puisque l'Etat peut à tout moment se soustraire à l'obéissance au droit en modifiant le contenu de l'ordonnement juridique. Il y a donc antinomie irréductible entre la théorie de la souveraineté et le principe de soumission de l'Etat au droit. Le rejet de l'idée de souveraineté entraîne par contrecoup celui de la *puissance publique* qui en est indissociable. La principale caractéristique de l'Etat souverain est en effet de détenir l'*imperium*, le pouvoir de commandement, c'est-à-dire le privilège de formuler des ordres s'imposant avec force obligatoire aux destinataires ; la puissance publique constituerait pour l'Etat un véritable « droit subjectif », dont il serait propriétaire. Cette conception repose pour Duguit sur une double fiction : celle de la « personnalité morale », alors que les personnes collectives n'ont pas d'existence juridique indépendante de leurs éléments constitutifs, celle du « droit subjectif », alors que la règle de droit ne peut créer que des situations juridiquement protégées. Dépourvu de conscience et de volonté propres, l'Etat ne saurait en aucun cas prétendre imposer sa volonté à d'autres. La puissance de l'Etat cache en réalité celle des gouvernants, mais ceux-ci n'ont, à aucun titre, un droit subjectif de commandement sur les administrés : la référence à la puissance publique sert seulement à donner au pouvoir qu'ils exercent « de fait » l'apparence d'un pouvoir « de droit » ; ce n'est qu'une illusion, un moyen commode pour eux d'obtenir l'obéissance. La puissance publique est donc une fiction, une notion sans valeur, qui doit être bannie du droit public. Du fait de la perte de ses attributs, l'Etat s'évanouit comme personne juridique, et il ne reste plus à Duguit qu'à jeter cette coquille vide. L'Etat n'est qu'une entité abstraite, placée derrière la personne physique des gouvernants pour légitimer l'emploi de la coercition. Les actes imputés à l'Etat ne sont que la traduction de la volonté individuelle des gouvernants ; derrière l'Etat, il y a des individus qui veulent, qui agissent, qui décident, qui imposent (101). L'Etat n'est pas une personne collective souveraine, mais seulement une société dans laquelle des individus, appelés gouvernants, disposent de la puissance matérielle, possèdent une « force irrésistible de contrainte ». Tout le problème consistera à limiter l'usage de cette force par le droit.

Après avoir fait ainsi table rase des doctrines antérieures et dissipé l'idée fautive de la toute puissance d'Etat, Duguit entend reconstruire le droit public sur des bases nouvelles, non plus « métaphysiques » mais « réalistes ». Le fondement et les limites du pouvoir des gouvernants, il les situe dans le *droit objectif* : les actes des gouvernants, s'imposent aux gouvernés, non parce qu'ils sont l'expression de la puissance d'Etat, mais dans la mesure, et dans l'unique mesure, où ils sont conformes aux impératifs du droit objectif. Par ce biais, la puissance des gouvernants

(101) R. BONNARD, *Précis, op. cit.*, p. 66.

rencontre bien une limite d'ordre externe, car les gouvernants sont dépourvus de toute emprise sur le droit objectif, qui tire son origine de la réalité sociale : pour qu'une règle de droit objectif apparaisse, il suffit que pénètre dans la « conscience sociale » l'idée qu'il est légitime qu'elle soit sanctionnée. Cette prise de conscience transforme ce qui n'était qu'une norme sociale ou morale en norme juridique. Or, ce droit objectif lie les gouvernants au moins de deux manières différentes. D'abord, en ce qu'il sous-tend et détermine tout le processus concret d'élaboration du droit positif : les gouvernants se bornent à transcrire sous forme de règles *constructives* les normes de droit objectif imprégnées dans la conscience collective et à organiser un système de sanctions adéquat. Ces règles constructives tirent leur caractère obligatoire, non de ce qu'elles émanent des gouvernants, mais de ce qu'elles mettent en œuvre le droit objectif ; la règle sociale est règle de droit antérieurement à, et indépendamment de, toute constatation par l'Etat. Les gouvernants sont donc, au même titre que l'ensemble des citoyens, soumis au droit objectif ; leur rôle spécifique consiste seulement à en assurer la réalisation et la sanction. Ensuite, le droit objectif trace le cadre de l'activité des gouvernants : les prérogatives dont ils disposent ont pour seule justification les obligations particulières qui leur sont assignées et qui consistent à travailler à la réalisation et au développement de la solidarité sociale, sans laquelle une nation ne peut vivre. Cette finalité soumet les gouvernants à deux types de contraintes. L'une, négative : les gouvernants ne doivent rien faire qui puisse porter atteinte à la solidarité sociale, en entravant la satisfaction des besoins communs ou en gênant les activités individuelles. L'autre, positive : les gouvernants doivent assurer les activités d'intérêt général indispensables à la vie collective et qui supposent l'intervention de la force gouvernante. Apparu tardivement dans les écrits de Duguit, le *service public* va devenir le fondement et la limite des attributions des gouvernants, qui doivent prendre en charge totalement, mais exclusivement, les tâches d'intérêt collectif dont le domaine est circonscrit par le droit objectif ; le service public est à la fois pour les gouvernants une fonction obligatoire et la limite juridique et matérielle à l'extension de leur pouvoir. Le champ des services publics varie selon l'état de la conscience sociale : au fur et à mesure que la « civilisation » progresse, la solidarité sociale se développe et le nombre des services publics augmente. Les gouvernants sont donc au service exclusif du droit objectif et de la société ; la puissance qu'ils détiennent n'est justifiée que si elle est utilisée conformément aux normes juridiques objectives et contribue au développement de la solidarité sociale. L'Etat n'est plus une personne abstraite et souveraine, mais une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants (102) ; et le droit administratif est formé de l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics et aux rapports de ceux-ci avec les particuliers (103). Par là, se trouve achevée une nouvelle construction de l'Etat et du droit public basée sur une conception « objectiviste ».

2° Cette analyse représente un tournant dans l'histoire du droit public français, dont on ne saurait trop souligner l'importance. Elle

(102) R. BONNARD, *Précis, op. cit.*, p. 15.

(103) L. ROLLAND, *Précis, op. cit.*, p. 1.

prive à première vue les gouvernants et l'administration de l'appui inestimable qu'ils trouvaient dans le support étatique : l'Etat est supprimé comme personne abstraite, principe transcendant à la société, détenteur de la toute puissance ; le rapport de domination/sujétion entre gouvernants/gouvernés apparaît dans son immédiateté et donc dans sa nudité. En démystifiant et en désacralisant le concept d'Etat, Duguit ébranle l'ensemble de la théorie libérale, érigée sur ce soubassement fondamental. Par ailleurs, Duguit a le mérite de montrer que la puissance des gouvernants n'est justifiée que par la satisfaction des besoins collectifs du public : les gouvernants ne sont pas institués pour dominer mais pour servir ; et leur pouvoir n'est légitime que dans cette mesure et dans cette limite (104).

Cependant, si la partie critique de l'œuvre de Duguit est percutante et difficilement réfutable, la partie constructive est beaucoup moins convainquante parce que sous-tendue par un ensemble de postulats extrêmement fragiles ; et surtout, en donnant aux gouvernants une légitimité nouvelle, sans parvenir pour autant à extirper les racines profondes de l'idéologie de la puissance, elle a pour effet pervers de consolider les bases du pouvoir étatique. La théorie duguiste repose toute entière sur l'idée de droit objectif : c'est parce que la norme juridique est indépendante des gouvernants qu'elle peut constituer le principe de limitation de leur puissance. Seulement, cette indépendance n'est assurée qu'en rattachant la norme juridique à une « conscience sociale », pour le moins hypothétique (105). Normativisme et sociologisme se combinent étroitement dans la pensée de Duguit ; mais, loin de s'enrichir, ils se détruisent réciproquement (106). Car Duguit n'analyse, ni les conditions de formation des normes sociales, ni le processus par lequel ces normes se transforment en normes juridiques : il s'agit pour lui de phénomènes spontanés, naturels, qu'il se refuse à considérer comme le produit d'une certaine structuration préalable du champ social. La norme sociale comme la norme juridique ont une consistance propre, une existence autonome, indépendamment des rapports de force qui balayent l'espace social et codifient les représentations. La théorie duguiste apparaît dès lors comme une nouvelle mouture de la vieille conception du droit naturel et comme la traduction d'un « humanisme naïf » (107) : comme elle, elle suppose un droit antérieur et supérieur à l'Etat ; la seule différence est que le droit objectif ne prend pas appui sur une nature humaine invariante et immuable, mais sur la dynamique sociale.

Fondée sur ces bases fragiles, la théorie du droit objectif ne peut au surplus fournir un principe de limitation satisfaisant du pouvoir des gouvernants. Logiquement, elle devrait avoir pour résultat de frapper les actes des gouvernants d'une extrême précarité : ces actes ne devraient

(104) Pour G. VEDEL, en « insistant sur l'idée de service incluse dans tout pouvoir légitime, l'école de Duguit travaillait pour le progrès et la liberté » (*E.D.C.E., op. cit.*, p. 25).

(105) Voir L. SFEZ, « Duguit et la théorie de l'Etat (représentation et communication) », *Arch. Philo. droit*, T. XXI, Sirey, 1976, pp. 111 ss. ; N. et A.-J. ARNAUD « Une doctrine de l'Etat tranquilisante : le solidarisme juridique », *Ibid.*, p. 294.

(106) E. PISIER-KOUCHNER, *Les fondements de la notion de service public dans l'œuvre de Léon Duguit*, L.G.D.J., 1972, p. 294.

(107) A. CAUQUELIN et L. SFEZ, « Un trajet : de la demande sociale à l'économie libidinale », *R.F.S.P.* 1975, p. 743.

pas être valables de plein droit, mais seulement après vérification de leur conformité au droit objectif ; et il faudrait admettre, en cas contraire, la possibilité pour les administrés de refuser d'obéir. Or, Duguit recule devant ces conséquences, en craignant qu'elles ne paralysent l'autorité et ne fassent sombrer la société dans l'anarchie et le désordre. Comme l'ensemble de la doctrine de droit public, il admet le privilège du préalable et affirme qu'obéissance est due en principe à tout acte émanant des gouvernants : il y a une véritable présomption que les commandements du pouvoir sont conformes au droit objectif et légitimes. La résistance à l'oppression n'est admise que de manière purement verbale : les conditions rigoureuses qui l'enserrent excluent pratiquement toute possibilité d'exercice effectif. La validité des actes des gouvernants ne peut être réellement discutée qu'*a posteriori*, dans le cadre du débat contentieux. Avec l'admission du privilège du préalable, on retrouve ce qui constitue l'essence même du régime de puissance publique : certes, cette puissance n'est pour Duguit qu'une puissance de fait, qui ne bénéficie que d'une présomption de conformité au droit objectif ; mais la marge qui sépare Duguit des théoriciens de la puissance publique devient fort étroite. Loin d'être un « anarchiste de la chaire », comme l'a un instant prétendu Hauriou — non sans quelque amicale provocation... —, Duguit reconnaît la nécessité de l'autorité et dote les gouvernants de privilèges exorbitants du droit commun. Au lieu de se substituer à la puissance publique comme Duguit l'avait pensé, la notion de service public n'en est plus, dès lors, que le complément indispensable : elle tend à devenir la clef d'une « théorie qui présuppose la conformité du droit objectif et du droit positif et préserve la spécificité de l'Etat en lui accordant le monopole de la contrainte » (108). Et la référence au service public a l'effet paradoxal, mais logique, de conférer au pouvoir des gouvernants une légitimité nouvelle : d'une part, elle tend à accréditer l'idée d'un pouvoir limité, et non plus d'une souveraineté inconditionnée et irresponsable ; d'autre part, elle justifie les prérogatives des gouvernants par l'intérêt collectif de la société et et le service du public.

L'idéologie du service n'a donc pas réussi à exorciser le fantasme de la puissance : à peine évacuée du droit public, la puissance publique réapparaît à travers les privilèges concédés aux services publics ; pour satisfaire les besoins collectifs, l'administration doit disposer des moyens d'action nécessaires. Il est vrai qu'en voulant trouver à tout prix dans le droit un principe de limitation objective de la puissance des gouvernants — alors que cette puissance imprègne le droit tout entier et passe elle-même par la forme juridique — Duguit se plaçait lui-même dans une impasse et « s'interdisait de faire œuvre scientifique et juridique valable » (109). Cet échec de Duguit est sans doute salubre, car il empêche que ne soit complètement occultée, par la vertu de l'idéologie, l'existence de la puissance. La légitimation du pouvoir d'Etat doit partir de cette réalité d'évidence, pour l'intégrer dans un système de représentations plus complexe ; la formation du binôme puissance publique/service public est la traduction de cette exigence.

(108) E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 23.

(109) F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, n° 116.

3) LA THÉORIE DE L'INSTITUTION.

Les thèmes de la puissance et du service vont être combinés dans la théorie de l'institution d'HAURIUO. Hauriou prétend, contre Duguit, rétablir le dogme traditionnel de la puissance d'Etat, mais aussi, contre la doctrine allemande et Carré de Malberg, dégager un principe objectif de limitation de cette puissance : en faisant jouer l'une contre l'autre les idéologies de la puissance et du service, pour qu'elles annulent leurs effets négatifs, puis en croisant les deux systèmes de légitimation, de manière à en retenir les éléments positifs, il parvient à un équilibre subtil. La théorie de l'institution, qui est le produit de ce travail d'articulation, va exercer une forte influence sur la doctrine française de droit public et modeler la forme de ses représentations.

Pour Hauriou, l'Etat doit être maintenu comme le dépositaire de toute puissance et le support permanent du pouvoir social. On n'obéit plus en effet aux gouvernants en tant que personnes, mais seulement en leur qualité de représentants de l'Etat : leur pouvoir n'est légitime que parce qu'il est exercé au nom de cette institution abstraite, qui incarne l'unité du groupe et polarise l'ensemble des relations d'autorité. Cette scission entre l'exercice concret du pouvoir et son principe fondateur, qui résulte du processus d'institutionnalisation, est d'un intérêt incalculable et constitue une étape fondamentale dans la vie des sociétés : dépouillé de tout caractère d'allégeance personnelle, le pouvoir apparaît comme un élément indispensable de toute organisation sociale, dont la nécessité et le bien-fondé ne sauraient être mis en doute ; survivant aux individus qui l'exercent, il est indéfiniment transmissible et reproductible. Si les gouvernants passent, l'Etat demeure : par sa médiation, le pouvoir devient continu et durable : il survit aux individus qui en sont temporairement chargés. Et les règles juridiques définissant les conditions de sa transmission éliminent toute controverse quant à l'origine de la légitimité. Les gouvernants sont reliés à l'Etat par un lien juridique, par un statut : l'Etat fixe les modes corrects de dévolution et d'exercice de l'autorité ; il suffit que les gouvernants aient respecté ce cadre pour qu'ils puissent, à bon droit, parler au lieu et place de l'Etat et mettre en œuvre la puissance qui lui appartient, non sur la base d'un « droit subjectif » (110), mais de par son statut d'institution. Et parce que les gouvernants sont en droit les représentants de l'Etat, ils transposent sur leurs actes et leur personne, la légitimité étatique : rapportés à l'Etat, les commandements du pouvoir sont présumés légitimes et bénéficient, de ce fait, du privilège de l'exécution préalable ; les administrés doivent s'y soumettre et peuvent seulement discuter leur validité *a posteriori*, par la voie d'un recours contentieux. Le droit n'est donc pas, comme le pense Duguit, en position d'extériorité par rapport à l'Etat, mais bel et bien créé en son nom : et c'est cette estampille étatique qui garantit l'obéissance des administrés.

(110) Dans son article au *Répertoire Béquet en 1897*, Hauriou faisait de la puissance publique l'attribut de l'Etat en tant que « personne morale publique » (n° 24), ce qui était très proche de la conception traditionnelle du droit subjectif de domination. Hauriou reviendra rapidement sur cette conception, en rattachant la puissance publique à l'institution plutôt qu'en la fondant sur un droit subjectif.

Si l'on s'en tient là, la pensée d'Hauriou paraît bien proche de celle des théoriciens de la puissance. Elle s'en sépare pourtant sur deux points essentiels : celui du fondement de l'Etat, et celui de l'auto-limitation. Tout d'abord, prolongeant et systématisant les analyses de Carré de Malberg et d'Esmein, Hauriou fait de l'Etat, non pas le produit de la force et de l'arbitraire, mais l'expression de la volonté de la Nation. L'Etat repose sur le *consentement coutumier* : c'est de la Nation que naît l'exigence de mise en place d'un pouvoir de contrainte ; et ce pouvoir ne peut subsister s'il ne s'appuie en permanence sur l'adhésion des membres. Comme toute institution, l'Etat est d'origine consensuelle : il est créé par voie d'accord entre les membres de la communauté nationale, même si cet accord n'a pas une forme réellement contractuelle comme le pensaient les théoriciens du contrat social. Cette idée de consentement coutumier est d'une grande portée. D'une part, puisque l'Etat n'est en définitive rien d'autre que l'expression de la Nation, c'est bien celle-ci qui est à la racine de tout pouvoir : en obéissant aux gouvernants, les gouvernés n'obéissent en fin de compte, par la médiation de l'Etat, qu'à eux-mêmes. D'autre part, elle contient en germe un principe de limitation politique et juridique de l'Etat : les citoyens n'abandonnent pas entre les mains de l'Etat la totalité de leurs libertés, et la disparition du consensus frappe l'Etat d'illégitimité. De ce fait, l'Etat ne peut être considéré comme la source exclusive du droit. L'institution étatique est certes à la base du droit *disciplinaire* interne, formé de « l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée... dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose » (111), ainsi que du droit *statutaire* ; mais il y a aussi, pour Hauriou, une espèce de droit, « de beaucoup plus importante », puisqu'il s'agit du droit commun « de nature intergroupale ou internationale », qui n'est liée à aucune organisation sociale et naît de la « sociabilité humaine » : et ce droit « renferme en lui-même un principe d'opposition vis-à-vis de l'organisation politique » (112). S'il ne fait pas comme Duguit du droit objectif la seule forme du droit, Hauriou admet donc qu'il y a un droit indépendant de l'Etat et qui constitue une limite possible à sa puissance. Cette conception indique déjà qu'Hauriou se démarque nettement de la thèse allemande de l'auto-limitation. Cette thèse ne rend compte, selon lui, que de l'hypothèse du droit disciplinaire, par lequel l'Etat n'est lié qu'avec son consentement. Mais, à côté de cette « auto-limitation subjective », il y a une « *auto-limitation objective* », qui résulte du processus d'institutionnalisation et qui peut être résumée dans le concept de *service public*. L'institution, c'est en effet « une organisation soumise à une idée » (113) : par l'institutionnalisation, le pouvoir exécutif va tout à la fois « s'enkyster » dans une organisation structurée et s'assujettir de lui-même à un but par auto-limitation. C'est à l'intérieur de l'organisation administrative que le pouvoir exécutif s'institue et que la puissance publique est progressivement subordonnée au service public : dominé tout entier par l'impératif du service, qui devient « l'esprit de sa hiérarchie et la consigne de ses agents », l'appareil administratif oriente les prérogatives de puissance publique dont il dispose vers cette finalité. Le pouvoir

(111) *Principes de droit public*, 1910, p. 137.

(112) *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 102.

(113) *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, 11^e éd., p. 12.

exécutif a été ainsi amené, dans le cadre du système administratif français, à se limiter objectivement par référence au service, qui pénètre et anime tous les ressorts de l'organisation administrative. Il ne s'agit donc pas, comme le font Duguit et Jèze, d'éliminer la puissance publique, qui est le signe distinctif et le véritable fondement du pouvoir administratif ; mais il faut tenir compte du fait que cette puissance a été canalisée vers le service public. L'originalité du régime administratif français tient précisément à ce fait que « l'idée du service se soit colletée avec le pouvoir exécutif à l'intérieur d'une vaste organisation instituée » (114). Ainsi, les notions de puissance publique et de service public forment-elles un couple indissociable.

B. — CHIASME.

Les analyses de Duguit et d'Hauriou montrent que le système de légitimation de l'Etat est désormais restructuré autour des deux pôles de la puissance et du service, dont le jeu combiné produit des effets fort subtils de condensation, déplacement, torsion. Dans chacune de ces analyses, l'ordre de priorité est sans doute inversé : alors que pour Duguit, le service justifie la puissance, pour Hauriou la puissance est limitée par le service ; mais, loin de s'exclure, les deux notions s'appellent au contraire irrésistiblement (115). Par ailleurs et surtout, cette inversion donne au binôme son efficacité maximale : chaque analyse n'a de sens que par rapport à l'autre, et Duguit et Hauriou se répondent comme dans un véritable chœur à deux voix ; leurs partitions ne sont pas incompatibles, dissonnantes, mais se présupposent réciproquement et restent dans la même tonalité. La doctrine française du droit public trouvera son équilibre définitif en combinant les deux points de vue, ce qui produit la figure rhétorique du *chiasme* : la structure de son discours repose sur la répétition de la relation entre puissance publique et service public, sous une forme exactement inversée ; le service implique la puissance, tandis que la puissance implique le service. L'administration détient la puissance parce qu'elle est au service du public, mais c'est aussi parce qu'elle détient la puissance qu'elle est au service du public. Il y a renvoi incessant du service à la puissance et de la puissance au service, par un mouvement circulaire et réversible (116).

(114) *Ibid.*, p. XIV.

(115) Explicite chez Hauriou, cette liaison n'est qu'implicite chez Duguit, qui prétend au contraire exorciser le mythe de la puissance publique ; mais parce que l'administration est gardienne de l'intérêt public, elle détient des prérogatives qui lui permettent de le faire prévaloir sur les intérêts privés ; la puissance publique est postulée par le service public (En ce sens, J. RIVERO, *Droit administratif*, Cours du droit, 1956-57, p. 81 ; R. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 127).

(116) Pour F.-P. BÉNOIT (*op. cit.*, n° 116), l'erreur de Duguit aurait été de nier la réalité de la puissance publique alors que « la puissance existe toujours » ; mais la notion de service ne doit pas pour autant être éliminée. Puissance et service sont en fait deux réalités concomitantes : « La puissance ne s'est rendue supportable et n'a pu se maintenir que par les services rendus. Mais ces services n'ont été et ne sont possibles que grâce à la puissance. » De même pour G. BURDEAU (*L'Etat*, Seuil, coll. Politique, 1970, p. 30), qui reprend pratiquement à son compte l'analyse d'Hauriou, l'institution est « une

1) LE SERVICE, C'EST LA PUISSANCE.

Le service du public donne à l'administration l'usage exclusif des moyens de puissance.

Cette puissance, l'administration ne la possède pas en propre ; elle ne fait que la gérer pour le compte de l'Etat, qui en est le seul détenteur effectif. Comme dans l'idéologie de la puissance, la légitimation du pouvoir administratif passe par la construction d'une instance mythique, par l'érection d'un *Sujet monumental*, l'Etat, qui est censé être la *source unique de l'autorité*. Les attaques violentes de Duguit contre le concept « métaphysique » d'Etat n'ont pas suffi à le déraciner et à le rayer de la carte des représentations idéologiques ; et cette persistance prouve qu'il s'agit bien là d'un élément fondamental, structurel, sur lequel repose tout le système de légitimation politique. Aucune société n'accepte en effet de se reconnaître comme société divisée, et les rapports de domination/sujétion qui existent en son sein ne sont jamais regardés en face, dans leur nudité et leur violence (117) : ces images sont insoutenables, et elle s'empresse de les exorciser en se re-présentant dans l'imaginaire comme unie et indivisible, sous le regard absolu et totalisant d'une entité abstraite, ne relevant pas de l'ordre sensible — Dieu dans la société primitive, l'Etat dans la société moderne—, qui à la fois maîtrise son sens, lui donne sa Loi et constitue le fondement de tout pouvoir social (118). Par le détour, et sous le couvert, de l'institution étatique, le pouvoir est escamoté : il disparaît du réel avant de réapparaître, par un véritable tour de passe-passe, à un endroit où il devient grandiose, inaccessible, et sous une forme qui exclut toute possibilité d'appréhension directe (119). L'utilisation du référent étatique modifie complètement la perception du pouvoir administratif. L'administration ne dispose que d'une autorité seconde, médiate, dérivée : elle n'a d'autre titre de commandement que celui qu'elle détient par la grâce de l'Etat. Le rapport administration/administrés se trouve ainsi complètement dépersonnalisé, dépouillé de toute dimension subjective. Les administrateurs sont des délégués, des mandataires, des représentants, agissant au nom de l'Etat : ce n'est pas à eux qu'on obéit, mais à l'Etat sur lequel s'appuie leur autorité, et celle-ci est mise par ce biais à l'abri de toute contestation. L'administration est seulement « l'appareil d'Etat », c'est-à-dire l'organe chargé de mettre en œuvre la puissance d'Etat : elle s'efface entièrement derrière le Sujet monumental qu'elle représente.

La puissance d'Etat se résume au *monopole de la contrainte* : l'Etat est l'unique source légitime de coercition ; la violence n'est admissible

entreprise au service d'une idée et organisée de telle sorte que l'idée étant incorporée dans l'entreprise, celle-ci puisse disposer d'une puissance et d'une durée supérieure à celle des individus par lesquels elle agit » ; ainsi dans l'institution étatique, la puissance est-elle mise au service de l'intérêt général.

(117) Voir mon étude, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général » in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. I, P.U.F., 1978, p. 41.

(118) Comme le dit G. BURDEAU (*op. cit.*, p. 15), « les hommes ont inventé l'Etat pour ne pas obéir aux hommes » : l'Etat permet de détacher le pouvoir des individus qui l'exercent et de faire de la différenciation gouvernants-gouvernés autre chose que le produit d'un rapport de force et l'expression d'un lien d'allégeance personnelle.

(119) H. LEFEBVRE, *De l'Etat, I. L'Etat dans le monde moderne*, U.G.E., Coll. 10/18, 1976, pp. 42-43.

que dans la mesure où il l'autorise et où il la prescrit. La formation de l'Etat n'a donc pas entraîné la suppression, l'élimination de la violence, mais la concentration de celle-ci à son profit : les moyens de contrainte sont arrachés aux individus pour être transférés entre les mains de l'Etat (120). La paix civile passe par la violence d'Etat ; les affrontements privés sont apaisés par la « force publique », par la « puissance publique ». Ce monopole de la contrainte est à la fois d'ordre juridique et d'ordre matériel. D'une part, la puissance d'Etat s'exprime dans/par la norme juridique : c'est à l'Etat de définir les normes obligatoires régissant la vie sociale. Avant d'être un instrument de protection et de garantie contre l'Etat, le droit est la projection de sa toute puissance ; il traduit l'absolue supériorité de l'Etat sur les individus qui doivent obéir d'office à ses prescriptions, se soumettre de plein droit à ses injonctions. D'autre part, l'Etat dispose seul du pouvoir de recourir à la violence : il peut marquer à son gré, faire plier, dresser, le corps de ses sujets pour les ramener de force dans les replis de l'ordre établi.

La puissance qui appartient à l'Etat est instrumentée par l'administration. Chargée de mettre en œuvre la puissance d'Etat, l'administration a l'usage exclusif des moyens de contrainte : seule habilitée à recourir à la coercition, selon les modalités fixées par l'ordre juridique, elle n'a pas de concurrent légitime. La violence ne disparaît donc pas du champ social : à la violence privée, désormais discréditée et prosaïque, succède la *puissance publique*, sacralisée et légitime. Le terme même de « puissance publique » est à cet égard significatif : il suffit que la violence soit exercée par l'administration pour faire l'objet de connotations positives et être exprimée en termes de puissance, de virilité ; ce n'est plus un mal, mais au contraire une nécessité de la vie sociale. L'exercice de cette puissance combine de manière indissociable *norme juridique* et *force matérielle* : de même que la norme juridique s'appuie sur la force matérielle, qui garantit l'exécution de ses prescriptions, la force matérielle s'abrite derrière la norme juridique, qui garantit le bien-fondé de son utilisation. L'administration a d'abord une dimension juridique : elle se caractérise par l'édition par voie unilatérale d'actes de réglementation, qui s'imposent aux administrés avec force obligatoire ; par le jeu du privilège du préalable, l'administration a la possibilité de se faire obéir de plein droit, sous réserve d'un contrôle juridictionnel ultérieur sur la validité de ses décisions. Ses actes juridiques bénéficient d'une véritable présomption de régularité : c'est au requérant qu'il appartient de faire la preuve de leur illégalité éventuelle ; à l'expiration du délai du recours contentieux, ils sont en pratique mis à l'abri de toute contestation, et cette « incontestabilité » leur donne une force et une stabilité assez comparables à celles des décisions juridictionnelles (121). Dans des cas devenus plus rares (122), l'administration a le droit de passer directement à l'exécution de ses décisions, sans recou-

(120) J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, *Science administrative, I. Théorie générale de l'institution administrative*, L.G.D.J., 1978, n° 220-221.

(121) Ce que G. VEDEL appelle, de façon très frappante, l'« autorité de chose décidée » (Voir *Droit administratif, op. cit.*, pp. 203 ss. et aussi R.-G. SCHWARZBERG, L.G.D.J., 1969).

(122) Contrairement à ce que pensait Hauriou, l'administration n'a plus un privilège général d'action d'office ou d'exécution forcée, qui ne sont admises que de manière exceptionnelle par le juge (Voir M. ROUSSET, *op. cit.*, p. 99 et G. DUPUIS, *op. cit.*).

rir à l'intervention préalable d'un juge. Cette activité juridique comporte une part d'application et une part de création : l'administration assure la transcription de normes supérieures, qu'elle fait accéder au réel, mais produit aussi des normes nouvelles. Le droit n'est donc pas seulement pour elle une contrainte ; c'est aussi un instrument d'action. L'administration peut ensuite utiliser la force matérielle, qui constitue son signe distinctif, le noyau dur de son institution, l'élément irréductible dont elle ne saurait se passer et autour duquel elle a été bâtie (123). L'administration se présente avant tout sous la forme de manifestations de contrainte, et la violence physique se profile derrière le moindre rapport qu'elle entretient avec les administrés : comme Duguît l'avait bien noté, le soldat, le policier, le juge, le bourreau, représentent les meilleures illustrations de la nature profonde de son pouvoir. Cependant, si cette force matérielle est au cœur de l'administration, cela n'implique pas qu'elle soit systématiquement utilisée : elle est au contraire d'autant plus efficace qu'elle sert peu. Sa valeur est en fait essentiellement dissuasive : il s'agit, par le déploiement des attributs de l'autorité, d'inspirer la crainte et la révérence, et d'éviter par là la transgression possible de la norme. L'idée de puissance publique signifie que l'administration est dotée de prérogatives sans commune mesure avec ceux dont disposent les simples particuliers et qu'elle leur est par essence supérieure (124).

Si l'administration bénéficie ainsi par projection de la puissance d'Etat, l'exercice concret de cette puissance est soumis à une série de contraintes juridiques et politiques qui, dans la pensée libérale, sont la caution et la garantie de l'« Etat de droit ». La séparation réalisée, la disjonction opérée, entre le détenteur théorique de la puissance, l'Etat, et son gestionnaire effectif, l'administration, contiennent en germe un principe de limitation du pouvoir de celle-ci : l'administration n'a pas la pleine maîtrise de l'utilisation de la puissance d'Etat, puisque celle-ci ne lui appartient pas en propre. D'abord l'administration ne peut faire usage de la puissance d'Etat que dans les limites précises de son *statut*. L'Etat définit les rites à observer pour être admis à parler en son nom ; il énumère les pratiques licites, trace le cercle magique des interdits ; l'administration ne peut déborder ce cadre, transgresser la Loi, sans perdre du même coup toute base de légitimité. Ce n'est qu'un mandataire, qui est tenu de respecter strictement la volonté de son mandant. Néanmoins, le dédoublement entre le Sujet et son représentant rend concevable l'éventualité d'un écart, d'un décalage, d'un hiatus : il est possible que le représentant ne se cantonne pas dans son rôle de mandataire, mais cherche à substituer sa volonté personnelle à celle du mandant ; le bon fonctionnement de la représentation passe donc par la mise en place de mécanismes de contrôle juridiques et politiques destinés à ramener l'administration sous le joug de l'institution et dans le cadre tracé par la Loi. Ensuite, la puissance d'Etat est assujettie à la volonté de la *Nation*. Le principe démocratique a profondément transformé le sens de la construction étatique : non seulement l'Etat n'est plus que l'expression juridique de la Nation, mais encore les gouvernants sont désormais les représentants de l'Un et de l'Autre ; la légitimité qui vient

(123) Ce que G. DUPUIS appelle aussi « le monopole de la force armée », dans lequel il situe justement l'essentiel des privilèges administratifs.

(124) Pour J. RIVERO (*R.D.P.*, 1953, p. 286), la puissance publique est la traduction juridique de la réalité politique que constitue le phénomène du pouvoir.

du sommet, de l'institution, est confortée par la légitimité qui vient de la base, des membres du corps social. Cette mutation a pour conséquence de placer l'administration dans une position théorique de totale subordination par rapport aux élus politiques : la puissance d'Etat, elle l'exerce dorénavant pour le compte de la Nation, et sous l'autorité et le contrôle direct de ses représentants. Dépourvue par elle-même de légitimité démocratique, l'administration est soumise au pouvoir de direction des élus, qui sont seuls habilités à orienter l'exercice de sa puissance, et elle répond devant eux de son activité ; son autorité s'abrite toute entière derrière celle qu'ils tiennent de la Nation. Cette dépendance se traduit sur le plan juridique par le principe de légalité, qui enferme le pouvoir de réglementation de l'administration dans un véritable carcan : les compétences juridiques de l'administration sont strictement limitées par la hiérarchie des normes, dont le juge assure le respect. Le rôle de l'administration consisterait essentiellement à assurer l'exécution des lois en prenant les mesures juridiques et matérielles nécessaires ; ainsi, la puissance d'Etat paraît être au service exclusif de la volonté de la Nation, telle qu'elle est exprimée par ses représentants. Cette conception *instrumentale*, qui fait de l'administration le bras séculier de la Nation, est évidemment largement factice : en fait, la puissance d'Etat donne à ceux qui la détiennent une position centrale au sein de la société. La mise en place de structures de représentation politique a sans doute limité l'exercice de la puissance d'Etat ; elle n'a pas pour autant transformé l'appareil qui en est chargé en exécutant aboulique : l'administration dispose en réalité d'une forte emprise sur le processus d'élaboration des normes juridiques et elle joue pleinement de sa puissance pour imposer ses vues aux décideurs politiques.

2) LA PUISSANCE, C'EST LE SERVICE.

L'usage des moyens de puissance met l'administration au service exclusif du public.

L'idée de service est d'abord considérée comme le principe d'une *limitation objective* de l'exercice du pouvoir administratif : l'administration ne peut faire usage de la puissance d'Etat que dans l'exacte mesure exigée par le service du public. De même que c'est l'« intérêt général », et lui seul, qui justifie l'intervention de l'administration dans la sphère des activités sociales (125), c'est le « service du public », et lui seul, qui justifie le recours à des prérogatives de commandement et de coercition. Que ce soit pour la délimitation de son champ d'intervention sociale, ou pour la définition de ses moyens d'action, l'administration est donc soumise à une contrainte de but (126), qui exclut apparemment toute possibilité d'arbitraire. La puissance trouve à la fois son fondement et ses limites dans la volonté de satisfaire les besoins du public, les demandes des administrés (127). *Servir donne droit à com-*

(125) Voir mon étude, « L'intérêt général dans l'administration française », *R.I.S.A.* 1975, p. 326.

(126) Comme le souligne justement D. TRUCHET (*op. cit.*, p. 370), le droit administratif est un droit « téléologique » : la satisfaction des besoins de chacun et de tous en est à la fois la justification et la raison d'être.

(127) J. RIVERO, *Précis, op. cit.*, p. 10 ; C. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 24 ; D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 105.

mander : parce que l'administration vise à défendre et à promouvoir les intérêts collectifs du public, elle doit disposer de prérogatives suffisantes pour surmonter les oppositions, briser les résistances éventuelles. *Mais commander n'est légitime que pour servir* : l'administration détient la puissance, non pour son bénéficiaire personnel, mais pour le plus grand profit de la collectivité. En liant ainsi la puissance publique au service public, on évite que son emploi ne constitue pour l'administration un privilège : s'il est normal d'ouvrir aux autorités publiques « le crédit juridique que réclament l'ampleur et les difficultés de leur tâche », la notion de service public conduit à leur demander, dans chaque cas, « compte de ce qu'elles ont fait de ce crédit » (128) ; et les moyens utilisés devront être strictement proportionnés aux buts poursuivis (129). La puissance mise en œuvre par l'administration n'est plus de nature transcendante et le signe d'une souveraineté inconditionnée : c'est la contrepartie nécessaire des obligations incombant à l'administration et le moyen technique indispensable pour lui permettre d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés. Cette liaison apparaît de manière tangible dans le fait que seuls les services publics bénéficient de plein droit de prérogatives de puissance publique, dont le contenu concret sera, par ailleurs, modulé en fonction de la nature de leur activité : le principe de « proportionnalité des moyens aux fins » explique que les services publics de nature industrielle et commerciale n'aient un régime que très partiellement dérogeant au droit commun.

Cependant, pas plus que l'intérêt général, la notion de service public ne constitue une limite efficace à l'exercice de la puissance administrative : tout comme de l'impératif selon lequel l'administration *doit* agir en vue de l'intérêt général de la société, on passe insensiblement à l'idée exactement renversée selon laquelle l'administration exprime toujours, et par essence, l'intérêt général, qui imprègne l'ensemble de ses activités (130), *le service tend à devenir l'attribut, et non plus la condition, de la puissance*. Chaque fois qu'elle prend en charge la gestion d'activités sociales, l'administration est présumée mettre sa puissance au service collectif et exclusif du public : elle est censée, non seulement ne jamais utiliser cette puissance pour elle-même, en fonction de ses propres intérêts corporatifs, mais encore ne privilégier aucun intérêt social au détriment des autres ; l'administration est « service public » dans la mesure où elle ne connaît que des « usagers » qu'elle traite identiquement (131). Cette constatation est bien illustrée sur le plan juridique par le double fait que, d'une part toute activité des personnes publiques est en principe — et sauf exceptions très limitatives (la gestion du domaine privé) — considérée comme étant de service public, d'autre part la puissance publique est, en cas d'incertitude relative à la qualification d'une activité privée, un des indices qui révèle l'intention du législateur de créer un service public : il suffit qu'une activité soit régie par des règles exorbitantes pour être présumée entrer dans la catégorie des

(128) R. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 157.

(129) P. WEIL, *op. cit.*, p. 77.

(130) Voir sur ce syllogisme très efficace, R.I.S.A., *op. cit.*, pp. 326-328. Pour la doctrine, la satisfaction de l'intérêt général est la fin exclusive, le but unique de tout service public (voir A. de LAUBADÈRE, *Traité op. cit.*, n° 1049 ; J. RIVERO, *Précis, op. cit.*, p. 424).

(131) L. NIZARD, « A propos de la notion de service public : mythes étiologiques et représentations sociales », *Mél. Eisenmann, Cujas, 1974*, p. 96.

services publics ; et cet indice a, on l'a vu (132), une portée beaucoup plus grande que le critère de l'intérêt général, trop vague pour être d'une quelconque utilité (133). On s'aperçoit dès lors que la liaison traditionnelle établie par la doctrine entre « intérêt général », « service public » et « puissance publique » est exactement inversée par rapport à la pratique jurisprudentielle effective : d'après les auteurs, à l'origine de la création d'un service public, il y a toujours un besoin d'intérêt général, qui va être satisfait à l'aide de procédés de puissance publique (soit la liaison : I.G. → S.P. → P.P.) ; en fait, c'est la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique qui, au contraire, permet d'induire la présence d'un service public, agissant dans l'intérêt général de la société (soit la liaison : I.G. ← S.P. ← P.P.). La doctrine formule ainsi de manière *déductive* ce qui n'est en jurisprudence qu'une démarche *inductive*, reposant sur un enchaînement de présomptions et sur un jeu de postulats indémontrables. Cette inversion a pour effet de parer les interventions administratives d'un bien-fondé incontestable et de conforter le système de croyances entourant l'administration.

Le renvoi de la puissance au service, et leur assimilation progressive, placent le pouvoir administratif à l'abri de toute atteinte. *L'usage de la puissance par l'administration exclut toute possibilité d'appropriation et de jouissance*. L'administration ne possède pas la puissance : elle se borne à la gérer, à l'instrumenter, pour le compte de l'Etat qui en est le seul détenteur légitime. La personnalité des administrateurs s'efface derrière celle de l'Etat : mandataires dociles, ils ne font que transcrire la volonté de leur mandant ; c'est l'Etat, et l'Etat seul, qui commande par leur bouche, agit par leur intermédiaire. Et leur autorité sociale est à l'exacte mesure de cet effacement : elle n'est absolue que parce qu'elle ne leur appartient pas ; dès l'instant où ils prétendent s'en saisir, elle glisse hors de leurs mains et s'évanouit. L'Etat apparaît ainsi comme le garant à la fois du pouvoir absolu et de la « pureté virginale » de ceux qui ont à le mettre en œuvre : les procédures que les administrateurs doivent respecter tiennent lieu à cet égard d'un véritable rituel de soumission, par lequel, avant d'être admis d'être admis à parler haut et fort, ils se dépouillent de leur personnalité propre et se placent dans l'ombre du Sujet étatique. Mais l'administration ne jouit pas davantage de l'exercice de la puissance : celle-ci n'est nullement une faveur, un privilège, une sinécure ; c'est un devoir, un office, une charge infiniment lourde, qui fait peser sur ceux qui en héritent une responsabilité écrasante. L'administration ne contient que « des appelés, des nommés, des serviteurs, ayant la vocation du service public » (134) et détachés de toute autre préoccupation. Incapables de jouir, « miraculeusement castrés », les administrateurs sont privés de toute volonté de puissance : ils ne sont là que pour servir la collectivité, en assurant les tâches les plus difficiles, les plus pénibles, mais pourtant indispensables à la vie sociale ; et de dévouement les rend dignes de la gratitude, de l'admiration et de l'amour des sujets. La puissance se trouve par là totalement éclip­sée

(132) Voir *supra*, note 92.

(133) Toute activité sociale quelle qu'elle soit (de la boulangerie à la grande entreprise...) peut, sous un certain angle, être considérée comme étant d'intérêt général ; en fait, comme le remarque justement A. DEMICHEL (*Le droit administratif*, L.G.D.J. 1978, p. 103), l'intérêt général n'est pas la base du service public mais sa conséquence.

(134) P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir*, Ed. Minuit, 1977, p. 131.

par l'image grandiose du service : ce n'est plus que l'envers, le complément nécessaire du service, qui permet d'assurer la pleine réalisation de celui-ci. On aperçoit mieux, dès lors, la portée réelle de l'idéologie du service qui, loin de supprimer la puissance, l'a plutôt renforcée en l'entourant d'un cocon protecteur et en interdisant toute appréhension directe.

L'entrelacement des concepts de puissance et de service n'est donc pas indifférent sur le plan idéologique : il a essentiellement pour effet de *dissimuler la réalité de la puissance derrière la mystique du service* ; le terme de puissance ne peut être utilisé sans être immédiatement associé à celui de service, qui permet de le connoter positivement et d'en réduire les aspérités. Le renvoi permanent de la puissance au service autorise des croisements subtils : les deux notions ne se contentent pas de s'appeler mutuellement ; elles se présupposent, se conditionnent, se définissent même l'une par l'autre, au point de devenir à proprement parler mé-connaissables. Mais il faut aussi, et surtout, tenir compte de l'interférence des aspects juridique et idéologique, qui se combinent et redoublent leurs effets.

III. — LE REDOUBLEMENT DES EFFETS

Les notions de puissance publique et de service public autour desquelles a été construit le droit administratif français ont une double portée : l'une juridique, qui se traduit par une utilisation de type instrumental ; l'autre idéologique, qui se traduit par la structuration des représentations collectives relatives à l'Etat et à l'administration. Or, ces deux dimensions sont évidemment indissociables et se confortent réciproquement : la pratique juridique de ces notions est de nature à faciliter leur diffusion idéologique, tandis que les représentations qu'elles véhiculent contribuent à établir le droit administratif sur des assises plus solides. Idéologie et droit, on l'a dit, ne sont pas séparés mais imbriqués l'un dans l'autre, et leurs référents sont nécessairement plus ou moins communs : de même que les notions juridiques sont imprégnées, toutes poisseuses, d'idéologie, l'idéologie a besoin de la forme juridique. Cependant, cette co-incidence est particulièrement forte en droit administratif français, dans la mesure où *les notions transversales de puissance publique et de service public balayent à la fois le champ juridique et le champ idéologique* : et cette *bijection* du droit sur l'idéologie produit des effets très riches, qui expliquent sans doute la stabilité remarquable du droit administratif français et le rôle qu'il joue dans la construction étatique.

A. — L'IDEOLOGIE A L'APPUI DU DROIT.

Les concepts juridiques sont, par essence même, chargés, pétris, d'idéologie : par-delà leur fonction instrumentale, ils véhiculent nécessairement un ensemble de représentations établissant le bien-fondé de l'ordre social et politique. Cette imprégnation du droit par l'idéologie s'explique par un *effet de code*. Le droit ne saurait être considéré comme un élément

isolé, séparé du reste de la société ; c'est au contraire le produit de l'évolution sociale (135) : les concepts qu'il utilise ne sont pas neutres, autonomes, intemporels, mais intimement et indissolublement liés aux valeurs sociales dominantes. Aucune société ne peut subsister sans un principe d'unité, de cohésion structurale : elle est régie par certaines lois, qui lui donnent son ordre, sa logique, soumise à un code qui assure la connexion et la solidarité de ses diverses composantes ; véritable « ciment idéologique », le code représente la seule « parole vraie », qui modèle les représentations collectives et détermine certains principes d'aménagement structurels. Même s'il dispose d'une autonomie relative et d'une dynamique propre d'évolution, *le droit traduit les contraintes du code, sous la forme normative qui est la sienne* : les notions de base sur lesquelles il est construit sont homologues à celles qui sont employées ailleurs, sur d'autres terrains de la vie sociale, dans d'autres champs symboliques ; et cette homologie provoque des échos, des résonances, qui permettent la propagation des effets idéologiques.

Cette dimension idéologique des concepts juridiques est aussi indispensable pour assurer l'efficacité du droit. *Le droit ne peut se dispenser d'utiliser les ressorts de l'idéologie pour donner à ses normes une portée maximale* ; sous peine d'être frappées d'obsolescence et de caducité, ses notions fondamentales doivent correspondre aux valeurs sociales dominantes, être en harmonie avec elles. Le droit ne peut en effet compter sur la seule coercition pour obtenir l'obéissance des assujettis : non seulement la contrainte directe exige une dépense d'énergie considérable, qui rend son emploi inévitablement discontinu, mais encore elle suscite des réactions négatives de la part des intéressés, qui cherchent par tous les moyens à y échapper. Le droit tire en fait sa force obligatoire, moins de la crainte de sanctions, que de l'adhésion des sujets ; l'utilisation de la force pour assurer l'application de ses prescriptions est, par son caractère coûteux et hasardeux, déjà un aveu d'échec. La violence physique doit être confortée et relayée par la violence symbolique, c'est-à-dire par des procédés de persuasion qui offrent le double intérêt de rendre son utilisation exceptionnelle et d'en maximiser les effets : les croyances servent tant à faire l'économie de la contrainte qu'à appuyer son exercice ; elles réduisent le nombre des transgressions au droit, mais en légitiment aussi la répression. Or, la croyance dans le bien-fondé du droit dépend précisément en grande partie du système de représentations sur lequel il est bâti : s'il retrouve dans la règle de droit les valeurs fondamentales qu'il a déjà intériorisées, le sujet a tendance à lui obéir de son propre mouvement et sans y être obligé par la contrainte ; le droit tire alors pleinement parti du travail d'inculcation idéologique pour renforcer l'efficacité de ses prescriptions. L'imprégnation

(135) Pour les marxistes, le droit relève de la superstructure et il est à ce titre, comme l'idéologie et l'ensemble des institutions politiques, le reflet des rapports de production matériels : il apparaît au moment où l'antagonisme des classes rend nécessaire l'organisation d'une force coercitive pour maintenir l'ordre existant et assurer la pérennité du système de domination sociale ; leur commune détermination en dernière instance par l'économie explique la cohésion spécifique des divers éléments superstructurels, ainsi que l'imbrication des concepts juridiques et des représentations idéologiques. Il serait trop long de revenir ici sur les critiques qu'appelle cette conception ; contentons-nous de dire que cette idée de détermination mécanique et univoque aplatit singulièrement les rapports sociaux et réduit abusivement la complexité de la construction sociale.

du droit administratif par les représentations qui fondent la légitimité de l'Etat doit permettre d'obtenir l'obéissance spontanée des administrés et de limiter du même coup le recours aux procédés de coercition.

Cette contrainte explique que le droit administratif français continue à être dominé par le binôme puissance/service. L'idéologie qui protège l'administration est, on l'a vu, toute entière contenue dans le croisement, sous forme de chiasme, de ces deux notions — croisement qui présente l'inestimable avantage de parer la puissance des attributs glorieux et généreux du service. Les référents du droit administratif ne sauraient, sans dommage, être différents ; le hiatus, le décalage ou la simple discordance entre les notions qu'il utilise et ce principe de légitimation de la puissance d'Etat lui interdiraient de tirer parti du consensus obtenu et risqueraient de saper ses propres fondements. On comprend mieux dès lors l'obstination avec laquelle le juge administratif a maintenu le concept de puissance publique, malgré le discrédit attaché aux théories de la souveraineté, et surtout celui de service public, en dépit d'une diversification croissante des tâches administratives. La jurisprudence sur les services publics industriels et commerciaux est, à cet égard, éloquente. Saisi, dans l'affaire *Bac d'Eloka*, du contentieux des activités administratives de nature économique, le tribunal des conflits avait à sa disposition plusieurs solutions possibles. D'abord, il pouvait intégrer ces activités dans le cadre juridique traditionnel du service public, c'est-à-dire les soumettre à un régime globalement exorbitant du droit commun et à la compétence des juridictions administratives. Cette solution aurait cependant été par trop contraire aux dogmes libéraux ; elle aurait abouti en effet à fausser gravement les lois de la concurrence dans le secteur économique, en dotant les entreprises publiques de prérogatives exorbitantes par rapport aux entreprises privées ; à défaut de pouvoir s'opposer de front au développement de l'interventionnisme économique, au moins le juge s'estimait-il fondé à en limiter la portée en obligeant les entreprises publiques à respecter les mêmes règles que les entreprises privées. Cette soumission au droit privé se heurtait cependant à la doctrine du service public, alors dominante, pour qui le service public était caractérisé au contraire par un régime exorbitant du droit commun. Pour lever cet obstacle, une seconde solution était possible : celle de considérer que les activités administratives de nature économique ne constituaient pas de véritables services publics ; dès lors plus rien ne s'opposait à ce qu'elles soient régies par le droit privé. Cette formule était sans aucun doute conforme à la pensée profonde des membres du tribunal des conflits, pour qui l'administration ne devait pas normalement s'aventurer dans le domaine économique (136) et à la jurisprudence concomitante sur le socialisme municipal ; elle présentait au surplus le très grand intérêt juridique de maintenir le service public comme critère général d'application du droit administratif (137). Ce n'est pourtant pas la solution que retiennent, le tribunal des conflits dans l'arrêt *Bac d'Eloka*, puis le conseil d'Etat dans les arrêts ultérieurs. Son inconvénient majeur, et dirimant, était en effet de placer

(136) F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, n° 691.

(137) Il n'est dès lors nullement étonnant que l'école du service public ait penché vers cette interprétation de l'arrêt *Bac d'Eloka* : pour JEZE notamment, les prétendus services publics industriels et commerciaux ne méritaient le nom de services publics que s'ils étaient soumis à un régime de droit public.

une frange importante de l'activité des personnes publiques hors du champ du service public, en lui faisant perdre du même coup toute apparence, sinon de régularité juridique (138), du moins de légitimité : à chaque fois qu'elle s'aventurerait sur le terrain économique, l'administration n'aurait plus été que volonté subjective et sa puissance mise au service de ses intérêts personnels. Un tel aveu était lourd d'implications et risquait d'avoir des effets inattendus et pervers : jusqu'alors farouchement niée, la possibilité pour l'administration d'avoir des intérêts propres aurait été admise explicitement, reconnue ouvertement ; et cet obstacle levé, plus rien ne s'opposait à ce que l'ensemble des activités administratives se trouvent, de proche en proche, contaminées. Les bases de la légitimité administrative étaient dès lors fortement compromises. Sans avoir claire conscience de ces dangers, le tribunal des conflits, mû par un obscur pressentiment, préfère opter pour une troisième solution, qui consiste à couvrir, comme par le passé, du sceau magique du service public la totalité des activités administratives — qu'elles soient économiques ou purement administratives : même lorsqu'elle intervient dans l'économie, l'administration reste au service du public et agit conformément à l'intérêt général. Le prix à payer pour ce maintien est une sensible réduction de la portée juridique de la notion de service public, qui ne constitue plus le critère unique du droit administratif mais doit désormais être combinée avec des notions voisines ; le régime juridique applicable aux services publics ne se présente plus comme un bloc compact et globalement dérogoire au droit commun et certains services vont même être soumis en principe au droit privé. Mais cette différenciation du régime est secondaire : l'essentiel est bien que la cohérence du système de légitimation administrative est sauvegardée et que la puissance administrative peut toujours être rapportée au service. Depuis lors, la jurisprudence a constamment maintenu cette position, notamment en condamnant la conception caractérisant le service public par ses seules conditions exorbitantes de fonctionnement et d'exploitation (139) ; il suffit qu'une personne publique soit en cause pour que son activité soit présumée entrer dans le cadre du service public, et cette présomption n'est levée que dans des cas exceptionnels. Cette constance montre assez les contraintes de nature idéologique qui pèsent sur la formation des concepts fondamentaux du droit administratif.

B. — LE DROIT A L'APPUI DE L'IDÉOLOGIE.

Tout comme le droit a besoin de s'appuyer sur l'idéologie, l'idéologie utilise la forme juridique comme vecteur de diffusion et dispositif d'inculcation. Le droit n'est pas seulement un instrument de contrainte ; il est aussi, et dans le même temps, par les représentations qu'il véhicule, un instrument de légitimation de cette contrainte. La position que le

(138) L'intervention du législateur excluait toute possibilité pour le juge de déclarer illégale la création de tels services, comme il l'avait fait sur le plan local.

(139) J.-L. de CORAIL, *Mél. Burdeau, op. cit.*, p. 799.

droit occupe dans la sphère de l'idéologie est partiellement le produit de circonstances historiques contingentes : elle est particulièrement forte en Europe occidentale, où les systèmes de légitimation ont été en grande partie élaborés à partir du droit et reposent sur des concepts fortement juridicisés ; cette importance idéologique du droit peut être expliquée, soit par l'influence de la dogmatique médiévale, qui a contribué à faire de la Loi l'instrument essentiel de dressage à l'amour du pouvoir (140), soit par les exigences du développement du mode de production capitaliste, qui s'est servi de la forme juridique pour dissimuler le rapport économique d'exploitation (141).

Cependant, il faut aller plus loin encore : par son essence même, *le droit constitue en réalité un moyen incomparable d'inculcation idéologique*. D'une part, parce que les représentations qu'il véhicule bénéficient, par projection, par transfert, de *l'effet normatif* de la règle juridique : la force obligatoire n'est pas seulement attachée au dispositif instrumental, mais encore aux valeurs qui en sont le soubassement. Parallèlement à son contenu explicite, le texte juridique impose, par voie d'autorité, un ensemble de croyances, dont la certitude ne saurait être mise en doute : il suffit qu'elles soient « enchâssées » dans la Loi pour devenir incontestables et sacrées. De ce fait, le droit apparaît comme un instrument privilégié pour assujettir les individus et dresser à l'amour du pouvoir : les dirigeants utilisent pleinement les ressorts du Texte juridique pour obtenir « le passeport du sacré » (142) et imposer leur parole comme la seule vraie, la seule légitime ; le transit par la Loi érige le discours du pouvoir à la hauteur d'une véritable dogme. Toutes les idéologies, quelles qu'elles soient, doivent passer par « le lieu rhétorique de la garantie fabuleuse : le mécanisme de la légalité » ; et en assurant « la transcription des signifiants mythiques et signifiés juridiques », les juristes contribuent à « verrouiller le système en fabriquant l'enveloppe d'un dogmatisme » (143). D'autre part, parce que la traduction juridique entraîne la pratique constante, et donc *l'apprentissage*, des représentations idéologiques. Pour que l'inculcation idéologique soit efficace, il faut, non seulement que les référents utilisés travaillent en permanence les uns par rapport aux autres — ce qui permet les frottements, les glissements et les torsions nécessaires —, mais aussi que cette inculcation, plutôt que d'apparaître comme telle, se fasse d'elle-

(140) P. LEGENDRE a montré comment le système occidental de censure du désir, modelé par l'Eglise, a été, dès l'origine, « inséparable d'un savoir particulier celui de la norme écrite et de l'enfermement dans un objet authentiquement sacré, le Livre » (*L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, coll. Champ freudien, 1974, p. 80). L'Etat n'a fait, selon lui, que reproduire cette dogmatique médiévale, en utilisant le droit, à la fois comme système de censure du désir et moyen de capter l'amour des sujets : l'amour porté à l'Etat et aux dirigeants passe toujours par la dévotion à la Loi ; le système juridique fonctionne tout entier de manière à « tamiser, décolorer et recolorer, détruire et reconstruire en vue du grand œuvre : dresser à l'amour du pouvoir » (*Ibid.*, p. 38).

(141) Les marxistes montrent ainsi comment l'idéologie libérale va prendre, à l'ère du capitalisme concurrentiel, directement appui sur le droit, au point de se muer en « idéologie juridique » : parce qu'il ignore les phénomènes de domination et met en scène des individus abstraits, des sujets de droit libres et égaux, affranchis de toute détermination de classe, le droit masque l'inégalité fondamentale du rapport économique qui, transposé en termes juridiques, perd tout contenu réel d'exploitation.

(142) P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir*, *op. cit.*, p. 65.

(143) P. LEGENDRE, *L'amour du censeur*, *op. cit.*, p. 38.

même, dans la quotidienneté : les valeurs sont d'autant mieux acceptées qu'elles modèlent les gestes, les comportements, les façons de vivre. Le droit répond parfaitement à cette double condition. D'abord, les notions juridiques travaillent sans cesse par l'intermédiaire des professionnels du droit, et notamment de la jurisprudence et de la doctrine ; mais l'institution juridique a, du fait de l'emprise du droit sur la vie sociale, des articulations infiniment plus complexes et diversifiées, qui constituent autant de relais possibles de diffusion. Ensuite, les individus sont eux-mêmes entièrement sous l'emprise du droit, qui régit aussi bien leur situation personnelle que leurs relations réciproques : re-crées comme sujets de droit, ils sont amenés à expérimenter, à pratiquer, les concepts fondamentaux de l'ordre juridique dans leur vie quotidienne. C'est par le droit que l'idéologie peut passer le plus facilement et le plus efficacement. Cette constatation explique que les notions sur lesquelles repose la légitimation de l'Etat et de l'administration gardent une dimension et une portée juridiques et restent à la base du droit administratif français.

Les notions de puissance publique et de service public ne sont pas seulement les référents théoriques sur lesquels s'appuie le droit administratif : elles servent aussi de critères juridiques effectifs, conditionnant l'application d'un régime exorbitant du droit commun et justifiant la compétence d'un juge spécial. La survie de la notion de service public est, à cet égard, significative. Après l'arrêt *Bac d'Eloka*, on a pu à bon droit penser que le service public n'était plus qu'une couverture idéologique de l'action administrative, et se trouvait dépourvue de toute portée juridique — l'existence d'un service public ne suffisant plus à entraîner par elle-même l'application du droit public et la compétence du juge administratif ; il semblait que la volonté de préserver les bases de la légitimité administrative avait été payée de la disparition du service public comme critère juridique opérationnel. Et c'est bien le diagnostic formulé par la doctrine jusqu'au début des années cinquante : la référence encore faite en jurisprudence au service public était considérée comme pur verbalisme ; elle n'impliquait aucune conséquence concrète puisque le régime applicable dépendait des procédés de gestion utilisés, qui eux-mêmes variaient selon la nature de l'activité (144). On ne peut dès lors sous-estimer la portée des arrêts de 1955-56, par lesquels le conseil d'Etat contredit cette analyse doctrinale et donne un « coup d'arrêt » à la dégradation continue de la notion de service public sur le plan juridique : le service public intervient désormais dans la définition de plusieurs notions « verticales » du droit administratif, qui elles-mêmes entraînent l'application d'un régime exorbitant et la compétence du juge administratif (145). Certes, les conséquences concrètes de cette revalorisation sont limitées et le droit administratif ne peut, en l'état actuel, — bien que certains auteurs souhaitent une évolution en ce sens (146) —, être reconstruit autour de la seule notion de service public ; il n'en reste pas moins que le service public, sauvé de « l'insignifiance » (147), retrouve une dimension juridique incontestable : il n'est plus indifférent de

(144) Voir J.-L. de CORAIL, *Thèse, op. cit.* ; J. RIVERO, *R.D.P.*, 1953, *op. cit.*, p. 583 ; G. VEDEL, *E.D.C.E.*, 1954, *op. cit.*

(145) A. de LAUBADÈRE, *A.J.D.A.*, 1961, *op. cit.*

(146) R. CHAPUS, *op. cit.*

(147) J. PETOT, *op. cit.*, pp. 377-378.

savoir si l'on est ou non, en présence d'une activité de service public, puisque cette qualification entraîne l'application d'un minimum de règles spécifiques. Voir dans cette jurisprudence le fruit du hasard ou de l'arbitraire du juge serait oublier le fait que *l'idéologie a besoin de s'ancrer dans la pratique juridique* : l'obligation de se référer au service public chaque fois que l'administration est en cause sur le plan juridique, et de croiser constamment service/puissance pour déterminer le droit applicable, a un sens ; elle contribue à l'apprentissage et favorise l'imprégnation des valeurs sur lesquelles l'administration fonde sa légitimité.

Toute représentation idéologique ne peut cependant faire l'objet d'une transcription juridique adéquate et servir de critère juridique opérationnel. Cette observation permet d'apporter un ultime éclairage sur les fondements idéologiques du droit administratif français. *Le binôme puissance/service*, sur lequel ce droit est fondé, *joue dans le cadre de l'idéologie de l'intérêt général* qui est, comme on l'a montré ailleurs (148), la matrice de tous les discours de légitimation des formes sociales instituées (149). Les thèmes de la puissance et du service sont les éléments constitutifs de l'idéologie de l'intérêt général, appliquée à l'administration : l'administration défend l'intérêt général dans la double mesure où, d'une part elle n'a pas d'intérêt propre à faire valoir et est dominée par le service exclusif du public, d'autre part elle représente l'Etat et est chargée de mettre en œuvre sa puissance. Le croisement de la puissance et du service n'est en fin de compte que la traduction tangible, la concrétisation de l'idéologie de l'intérêt général. Il convient dès lors de s'interroger sur les raisons d'être de cette concrétisation : la notion d'intérêt général ne pourrait-elle, à elle seule, suffire pour doter le droit administratif de bases théoriques solides et pour délimiter avec précision son champ d'application ? Cette proposition, qui revient à *faire l'économie du détour par la puissance et le service*, n'est nullement absurde et trouve en doctrine comme en jurisprudence des appuis importants. Déjà, dans les années cinquante, M. WALINE avait proposé de fonder tout le droit administratif sur le critère de l'« utilité publique », qui n'était qu'une autre mouture de l'intérêt général. Mais surtout, il semble que la jurisprudence, qui a de tout temps utilisé, dans certains domaines précis et sous des vocables divers (intérêt public, utilité publique...), la notion d'intérêt général, fasse désormais appel à elle de manière beaucoup plus large. La notion d'intérêt général influe d'abord sur la répartition des compétences juridictionnelles, par le biais de la contribution qu'elle apporte à la définition de quelques notions « verticales »

(148) « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *op. cit.*

(149) Il s'agit d'une idéologie « matrice », dans la mesure où tout pouvoir institué est conduit à utiliser le référent de l'intérêt général pour s'assurer le consentement des membres. Mais ce principe de légitimation ne préjuge nullement de l'étendue et des formes concrètes d'exercice du pouvoir : appliquée à l'ordre politique, l'idéologie de l'intérêt général peut couvrir, et a couvert historiquement, aussi bien une emprise limitée du pouvoir sur la voie sociale que son extension aux dimensions de la société toute entière ; dans les deux cas, c'est pourtant *le même système symbolique* (l'image d'un groupe uni, où les volontés individuelles sont transcendées par l'intervention d'une instance de totalisation derrière laquelle s'effacent les dirigeants) *qui est à l'œuvre* et sert à légitimer ce pouvoir. Il est donc, à notre sens, tout à fait erroné de voir dans l'idéologie de l'intérêt général l'expression de la seule idéologie « néo-libérale » (J. SIWEK-POUYDESSEAU, *R.F.A.P.*, n° 10, avril-juin 1979, n. 179), et le retour partiel à certains dogmes du libéralisme traditionnel se fait toujours *au nom de l'intérêt général*.

du droit administratif (telles le domaine ou les travaux), ainsi que du service public ; elle entraîne ensuite, au moins à l'état virtuel, l'application d'un régime de puissance publique, sous réserve du recours à des critères réducteurs ; enfin, et surtout, elle limite l'exercice des compétences administratives, soit dans le cadre de la théorie classique du détournement de pouvoir, soit comme condition de fond mise par le juge à la légalité d'une opération administrative (par exemple en matière d'expropriation ou de dérogation aux documents d'urbanisme). Cette extension du champ d'application juridique de la notion d'intérêt général conduit certains auteurs (150) à penser, non seulement qu'elle joue d'ores et déjà en droit administratif un rôle beaucoup plus important qu'on le prétend généralement, mais encore qu'elle pourrait bien supplanter progressivement les autres critères : cette substitution ne serait qu'un « retour naturel aux sources » (151), à « l'idée-mère » (152), du droit administratif, à qui elle redonnerait unité, cohérence, logique. Cette analyse, d'ailleurs formulée avec prudence, n'est pas dominante en doctrine, et le juge reste pour sa part fidèle aux critères traditionnels de la puissance publique et du service public. Il y a plusieurs raisons à cela. La plus évidente c'est que, si elle sert de toile de fond à toute l'action administrative, la notion d'intérêt général est trop vague, trop large, pour être réellement opératoire sur le plan juridique (153) : elle doit être retranscrite dans des concepts plus stricts, plus précis. On le voit bien lorsqu'on confronte « intérêt général » et « service public » : si l'intérêt général est un des critères théoriques du service public, c'est certainement le moins utile, et le juge se réfère plutôt au statut du gestionnaire ou au régime applicable pour qualifier l'activité ; le but d'intérêt général est considéré comme une donnée d'évidence, une clause de style, dont l'intérêt pratique est nul (154). L'intérêt général ne peut donc être un critère juridique pleinement satisfaisant. Par ailleurs, et de manière plus profonde, l'utilisation combinée des idées de puissance et de service permet un *jeu bipolaire infiniment plus riche sur le plan idéologique* que la référence à un critère unique, compact et monolithique : sans doute plus fructueuse sur le plan instrumental, l'unicité des critères du droit administratif rendrait aussi plus difficile la production d'effets idéologiques.

*
**

Construit sur les deux pôles de la puissance et du service, le droit administratif français constitue un système parfaitement cohérent et bien huilé, où les aspects juridique et idéologique s'entremêlent, se redoublent et se confortent réciproquement : l'entrelacement de la puissance et du service bénéficie à la fois de l'autorité attachée aux normes

(150) Voir D. LINOTTE, *op. cit.* et D. TRUCHET, *op. cit.*

(151) D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 370.

(152) D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 81.

(153) En ce sens, J. RIVERO, *R.D.P.* 1953, p. 282 ; R. LATOURNERIE, *E.D.C.E.*, 1960, *op. cit.*, p. 85 ; A. de LAUBADÈRE, *Traité*, *op. cit.*, n° 63.

(154) P. SABOURIN, *op. cit.* ; J.-L. de CORAIL, *Mél. Burdeau*, *op. cit.*, p. 795, Voir à titre d'illustration, l'arrêt du 13 octobre 1978, *op. cit.*

juridiques et de la force inhérente aux représentations idéologiques ; aussi le droit administratif s'appuie-t-il sur un réseau de croyances garantissant sa légitimité, tandis que l'Etat utilise pleinement à son profit les ressorts de la dogmatique juridique. *Le droit et l'idéologie ont ainsi partie liée dans la construction de l'édifice étatique, ce qui assure à celui-ci une particulière stabilité.*