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

SECTION III

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SECTION IV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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