

## CHAPITRE PREMIER

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

---

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

#### SECTION I

#### Le détournement de pouvoir

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) V. page 65.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« elle une théorie des pouvoirs; il est très vrai que les pouvoirs des  
 « hommes, aussi bien ceux des collectivités que ceux des individus sont  
 « justifiés par le but à atteindre, et que dans la considération de ce but,  
 « on peut trouver le principe d'une limitation raisonnable de ces pou-  
 « voirs... Il sera donc entendu que le but ou les buts de la fonction  
 « administrative serviront de limites aux pouvoirs de l'administration, et  
 « qu'il y aura des cas où on pourra dire que les pouvoirs de l'adminis-  
 « tration ont été détournés de leur but, ce qui constituera un détourne-  
 « ment de pouvoir. Peut-être pourra-t-on dire que le détournement de  
 « pouvoir ainsi entendu est une variété de l'incompétence, mais alors  
 « il faudra spécifier ce qui particularise cette variété. L'incompétence  
 « est relative à l'objet qui rentre plus ou moins dans le domaine  
 « de la fonction administrative, le détournement du pouvoir sera  
 « relatif à l'esprit dans lequel aura été traité cet objet d'adminis-  
 « tration. Il faudra dire alors qu'un administrateur sort de sa compé-  
 « tence, quelque objet qu'il traite, s'il n'observe pas certains buts  
 « généraux de la fonction administrative. Ces buts généraux sont diffi-  
 « ciles à déterminer d'une façon positive. Sans doute, la fonction admi-  
 « nistrative a pour but le maintien de l'ordre public, la bonne gestion  
 « des services publics, l'utilité publique, etc..., mais cela est vague.  
 « Aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans la matière du détour-  
 « nement de pouvoir, s'est-elle appliquée surtout à des déterminations  
 « négatives, c'est-à-dire à des précisions sur ce qui n'est pas dans les  
 « buts de l'administration publique, et qui constitue par là-même détour-  
 « nement de pouvoir... ».

Peut-être pourrait-on reprocher à cet exposé de n'avoir pas suffisamment fait ressortir que les difficultés qui se présentent en pareille matière ne se rencontrent pas tant dans la précision des buts eux-mêmes que dans la détermination des cas *concrets* ou, si l'on veut, des *buts concrets* dissimulant un détournement de pouvoir. Car l'essentiel n'est pas d'affirmer qu'un acte de police ne saurait poursuivre qu'un but de police, mais bien de savoir si cet acte tel qu'il a été posé par l'agent légalement compétent n'impliquait pas la poursuite d'un but contraire aux buts réguliers de police. L'intérêt du problème du détournement de pouvoir se concentre bien plus autour de questions de preuves basées sur des directives qu'autour de questions de principes proprement dits; nous le verrons bien lorsque nous étudierons en détail les cas d'espèce.

notion *subjective*, en ce sens qu'il se rapporte à la recherche des buts qui ont exercé une influence déterminante sur la volonté de l'agent administratif exerçant sa compétence légale (1).

Compte tenu de cet état de choses et en se basant sur un arrêt récent du Conseil d'Etat, l'arrêt *Sourisse* du 7 mai 1926 (S. 26.3.41, avec la note de M. Hauriou) (2), on peut estimer que lorsqu'une décision administrative est entachée d'irrégularité, elle devra généralement être annulée, soit dans la totalité, soit dans l'une ou l'autre seulement de ses dispositions, selon que l'acte est entaché de *détournement de pouvoir* ou de *violation de la loi*. En effet, l'acte est *divisible* si on l'envisage sous le rapport de la légalité objective, il est *indivisible* si on le considère sous l'angle du motif déterminant, parce que ce motif est, en somme, affaire de mobiles et que, de ce fait, il doit exercer une répercussion sur l'ensemble des éléments qui traduisent la volonté de l'agent.

Mais nous tenons à remarquer que cela n'est pas *nécessairement* vrai dans tous les cas. Les buts poursuivis par l'auteur d'un acte peuvent être multiples et de nature très diverses. Dans certains de ces éléments, détachables de la totalité des dispositions contenues dans l'acte, celui-ci aura pu être déterminé uniquement par la poursuite d'une fin irrégulière, alors que, dans d'autres, il tend réellement, par lui-même, à la satisfaction d'intérêts légitimes. L'argument de l'*indivisibilité*, dont nous ne voulons, certes, pas nier l'intérêt pratique, ne saurait donc avoir qu'une valeur toute relative.

(1) Cela n'infirme d'ailleurs en rien ce que nous avons dit du caractère *objectif* du contrôle de la moralité administrative. Sous le rapport de la preuve, la théorie du détournement de pouvoir reste objective (V. p. 58 et s.), puisque, comme nous le savons, le Conseil d'Etat se refuse à scruter la conscience de l'auteur de l'acte attaqué.

(2) « Considérant, dit le Conseil, ... que le sieur Sourisse, qui ne justifie pas que l'arrêté attaqué soit entaché de *détournement de pouvoir*, n'est pas fondé à demander qu'il soit déclaré illégal dans l'ensemble de ses dispositions ».

§ 2. — *La limitation du contrôle du détournement de pouvoir par la théorie de l'acte discrétionnaire*

Avant d'aborder l'étude détaillée des solutions jurisprudentielles réprimant le détournement de pouvoir, nous voudrions remarquer qu'à la fin du siècle dernier le Conseil d'Etat n'a pu encore se décider à abandonner une distinction, déjà faite précédemment, qui, à l'origine, limita surtout, dans une mesure appréciable, l'importance pratique du principe du *détournement de pouvoir*. Nous visons ici la reconnaissance par la juridiction administrative, approuvée, du reste, par la doctrine, de la catégorie des actes dits *discrétionnaires* devant, comme tels, échapper au recours pour excès de pouvoir.

Pour justifier cette théorie, aujourd'hui abandonnée, le Conseil d'Etat partit du fait qu'un certain nombre d'actes administratifs contiennent un élément *discrétionnaire* tellement prononcé qu'il put paraître dangereux pour les prérogatives de la puissance publique de les soumettre à un contrôle susceptible d'affaiblir l'action de l'autorité.

Avant 1860, on considérait généralement que, sous ce rapport, la majeure partie des actes de la *puissance publique* devait échapper au contrôle du juge. L'évolution ultérieure des recours contentieux dirigés contre les décisions administratives n'a pas réussi à faire disparaître cette théorie qui s'est maintenue jusqu'au commencement du xx<sup>e</sup> siècle (1).

Si l'on a fini par admettre que cette catégorie d'actes,

(1) Pour ce qui regarde la période antérieure à 1860, on peut citer notamment les arrêts suivants: Cons. d'Et. 22 janvier 1808 *Hours* (réglementation de barrage): « Considérant, dit le Conseil, que les arrêtés du « préfet renferment *des mesures de haute administration* contre les-  
« quelles le requérant n'a pu réclamer que devant le ministre de l'Inté-  
« rieur » ; Cons. d'Et. 30 août 1845 *Cie d'assurances La Minerve*  
D. 46.3.35; 12 mai 1846 *Hospices de Tonnerre* D. 46.3.168; 12 mai 1846  
*Peigné* D. 47.3.19: « Considérant, est-il dit dans cet arrêt, que la décision  
« par laquelle notre ministre de l'Intérieur a maintenu la nomination  
« du sieur Louis-Denis Thomas aux fonctions de maire de la com-  
« mune... constitue un *acte de pure administration* qui n'est pas de nature  
« à nous être déféré par la voie contentieuse... ».

dont les plus importants (1) furent les nominations et révocations de fonctionnaires, pouvait donner lieu au recours pour *incompétence* ou *vice de forme*, et si Laferrière lui-même, tout en maintenant la distinction, a admis, en principe, que ces actes n'étaient pas soustraits au contrôle pour détournement de pouvoir, la jurisprudence du Conseil d'Etat avait toujours observé une très grande prudence à l'égard de ces actes qualifiés également d'*actes de pure administration*.

Encore vers 1890, dans plusieurs de ses arrêts, le Conseil d'Etat refuse formellement d'examiner les motifs ayant déterminé la révocation d'agents administratifs, alors cependant que l'appréciation de ces motifs aurait peut-être pu révéler un détournement de pouvoir caractérisé (2).

(1) LAFERRIÈRE (*op. cit.*, t. II, p. 423) cite comme rentrant dans la catégorie des actes discrétionnaires: « les règlements administratifs faits dans « un intérêt général; les mesures de police, spécialement celles qui intéressent la salubrité et la sécurité publiques; les actes de telle administration; les nominations et révocations de fonctionnaires, lorsqu'il n'existe pas de lois qui fixent leur état et leurs droits à l'avancement; les mesures disciplinaires; les suspensions ou dissolutions de corps administratifs électifs; le refus ou le retrait d'autorisations ou de concessions révocables, et un grand nombre d'autres actes, dans lesquels domine également la libre appréciation de l'administrateur ».

(2) Cf. Cons. d'Et. 14 décembre 1883 *Lequeux* (S. 85.3.65). Cet arrêt, conçu en termes catégoriques, caractérise bien le point de vue du Conseil d'Etat. « Considérant, y est-il dit, que le comité central de vigilance contre le phylloxéra, dans le département de la Marne, a été organisé par l'arrêté préfectoral du 25 novembre 1879; que, par le même arrêté, le préfet de la Marne a désigné le sieur Lequeux comme membre de ce comité; qu'aucune disposition de cet arrêté ne détermine ni la durée pour laquelle sont nommés les membres des comités d'études et de vigilance contre le phylloxéra, ni les cas dans lesquels ils peuvent cesser d'en faire partie; qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement applicable à cette matière, il appartient au préfet de relever de ses fonctions un membre dudit comité, en observant les mêmes formes que pour sa nomination, et que le sieur Lequeux n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'Etat les motifs de cette mesure de pure administration... ». — Dans un arrêt du 13 février 1885 *Laffitte*, le Conseil d'Etat déclare que l'arrêté de suspension et le décret de révocation d'un maire « ont été rendus par le préfet... et par le Président de la République dans l'exercice des pouvoirs qui leur ont été conférés par les lois du 14 avril 1871, art. 9 § 2 et du 5 mai 1855, art. 2 » et « que ces mesures constituent des *actes d'ad-*

Dans une affaire de révocation d'un gardien de la paix, le Conseil d'Etat, par arrêt du 25 novembre 1892 *Schwalbach* (S. 94.3.90), pose nettement la question de la recevabilité des recours contre les actes de cette nature. « Consi-  
 « dérant, est-il dit dans l'arrêt, que le préfet de police a  
 « révoqué le sieur Schwalbach de ses fonctions de gardien  
 « de la paix pour refus de reprendre son service, et après  
 « avis du comité de santé qui a reconnu que le sieur  
 « Schwalbach était en état de le continuer; que le requérant  
 « n'invoque contre la décision attaquée *ni vice de forme*,  
 « *ni incompétence*; que, d'autre part, l'appréciation des  
 « motifs sur lesquels cette décision est fondée n'est pas  
 « susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat par la voie  
 « contentieuse; que, dès lors, la requête n'est pas rece-  
 « vable... ». Mais, convient-il de répliquer, s'il n'appartient  
 pas au juge d'apprécier les *motifs d'opportunité* ayant déter-  
 miné l'action de l'autorité administrative, il lui incombe,  
 cependant, de tenir compte des buts en vue desquels l'agent  
 administratif a exercé sa compétence légale; la formule  
 de l'arrêt ne prévoit pas encore la possibilité d'une pareille  
 investigation.

Ainsi, il ressort des termes mêmes employés par le juge  
 de l'excès de pouvoir que, dans son dernier état, la théorie  
 de l'*acte discrétionnaire* faisait surtout obstacle à l'appli-  
 cation régulière du contrôle de la *moralité administrative*;  
 le juge n'imposait à l'administration, dans l'exercice de ses  
 pouvoirs discrétionnaires, que la seule obligation d'observer  
 strictement les lois de *compétence* et de *forme* (1).

« *ministration* dont le requérant ne saurait contester les motifs devant  
 « la juridiction contentieuse... ».

V. encore Cons. d'Et. 3 février 1888 *Buisson*; 27 janv. 1893 *Laruelle*  
 (S. 94.3.118); 6 août 1898 *Blond* (S.01.3.25); cf. également Cons. d'Et,  
 22 juillet 1898 *de Beaumont* (S. 01.3.11).

(1) V. not. Cons. d'Et. 10 juillet 1874 *de Grandmaison* (« Considérant  
 « que le décret attaqué — décret modifiant un plan d'alignement —  
 « constitue un *acte de pure administration* pris par l'autorité adminis-  
 « trative en vertu des pouvoirs qui lui ont été attribués par l'article 52 de  
 « la loi du 16 septembre 1807; que, dès lors, il n'est susceptible de re-  
 « cours par la voie contentieuse que pour *violation ou inobservation des*  
 « *formalités prescrites par la loi...* »).

On a justement remarqué que la confusion faite par la jurisprudence tenait surtout à ce qu'elle n'a pas su distinguer, dans les cas que nous visons ici, entre *acte* et *pouvoir* discrétionnaire, distinction à laquelle un examen approfondi de l'ensemble des éléments de l'acte administratif aurait dû l'amener et qui lui aurait fait apercevoir facilement l'erreur fondamentale de la thèse à laquelle elle s'était arrêtée. Car si en principe — comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir — l'autorité administrative doit jouir d'une liberté assez étendue lui permettant de remplir les devoirs de sa fonction de la façon la mieux adaptée aux problèmes de la vie administrative, et si, en ce sens, la très grande majorité des actes administratifs comporte un certain élément discrétionnaire, alors même que ces actes interviennent en vertu d'une injonction du législateur, cet élément discrétionnaire n'a cependant pas, *quelque importante que soit la place qu'il occupe dans l'ensemble des éléments de l'acte administratif*, la vertu de faire obstacle à la recevabilité des recours qui peuvent généralement être dirigés contre les décisions administratives. Il appartient, précisément, à l'autorité juridictionnelle, chargée, en vertu même de sa mission propre, de marquer par un examen au fond la limite précise séparant l'élément discrétionnaire des autres éléments de l'acte, de contrôler, en toute circonstance, la *moralité* des décisions administratives, celles-ci ne pouvant, sous aucun prétexte, échapper à la stricte application des règles découlant du principe de la bonne administration. « En réalité, dit M. Hauriou, tous les actes de l'administration renferment du pouvoir discrétionnaire; par conséquent, c'est une question à examiner au fond que de savoir si l'administration a excédé son pouvoir en tant qu'il est discrétionnaire, mais ce ne peut pas être une fin de non-recevoir contre certains actes » (1).

(1) M. HAURIOU, *op. cit.*, 10<sup>e</sup> éd., p. 431. V. aussi la note de cet auteur sous l'arrêt *Grazielli* S. 03.3.113 avec la citation de LAFERRIÈRE et les références d'arrêts. Cf. encore ALIBERT, *op. cit.*, p. 83 et s. « Sans doute, » dit cet auteur, le rejet de tels recours s'impose très souvent, parce