

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL de la MORALITÉ ADMINISTRATIVE

INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Or, des difficultés peuvent se présenter: il sera souvent

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

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

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

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

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

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

§ 3. — *Plan de l'étude*

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

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

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

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

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