

CHAPITRE PREMIER

Développement du contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir et de l'incompétence « *ratione materiae* » Disparition de la théorie de l'acte discrétionnaire

L'examen des solutions jurisprudentielles intervenues pendant la période qui fait actuellement l'objet de notre étude révèle, en premier lieu, que le Conseil d'Etat confirme et précise les résultats déjà acquis précédemment, en pénétrant notamment de plus en plus dans les *motifs* même des décisions qui lui sont déférées. C'est au cours de cette époque que le juge insiste également sur le *critérium général* du détournement de pouvoir.

La division du présent chapitre résulte du titre même que nous venons d'énoncer.

Dans une première section nous passerons en revue quelques décisions intéressantes de la jurisprudence administrative en matière de détournement de pouvoir. Une deuxième section sera consacrée à l'évolution de la jurisprudence relative aux interventions des administrations locales dans le domaine économique. Nous insisterons, ensuite, dans une troisième section sur certains arrêts qui consacrent la disparition progressive de l'acte discrétionnaire et nous indiquerons, enfin, dans une dernière section, comment le contrôle de la légalité proprement dite s'est développé sous l'influence du contrôle du détournement de pouvoir.

SECTION I

L'évolution du contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir

§ 1^{er}. — *Formule définitive et critérium général du détournement de pouvoir*

C'est, surtout, à propos de décisions relatives à des mesures de licenciement ou disciplinaires prises à l'égard d'agents administratifs que le Conseil d'Etat a fixé la formule définitive servant de critérium pour la censure du détournement de pouvoir.

Dans l'arrêt *Moreau* du 7 juillet 1916 il déclare, notamment, qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier que la commission administrative des hospices civils de Sens, qui avait mis à la retraite un médecin en service dans un de ces hospices et atteint par la limite d'âge fixée par un nouveau règlement, « ait agi dans un *but autre que la sauvegarde de l'intérêt général et le bon fonctionnement du service* ».

Le critérium du détournement de pouvoir ressort nettement des termes mêmes employés dans l'arrêt. Il est donc bien entendu que, pour rester dans les limites déterminées par les règles de la bonne administration, l'autorité administrative doit à la fois agir dans l'*intérêt général*, but essentiel et primordial de toute activité administrative, et tendre vers la *fin spéciale* découlant directement de la fonction déterminée mise en œuvre dans chaque cas concret. Ce sont ces deux idées de la *spécialité de l'institution administrative* considérée dans son ensemble et de la *spécialité des fonctions* correspondant au service particulier devant être assuré dans chaque cas par l'agent administratif, qui fournissent les bases pour la fixation des limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, au-delà desquelles l'action de la puissance publique apparaîtra comme entachée de *détournement de pouvoir*. Le *but de service*, voilà bien

l'élément sur lequel repose toute la théorie et duquel le juge de l'excès de pouvoir a tiré ses directives propres et concrètes pour la réalisation pratique de ce que nous appelons le contrôle juridictionnel de la moralité administrative.

Cette idée de but de service se retrouve dans un grand nombre d'arrêts qui n'écartent la censure des décisions administratives attaquées pour excès de pouvoir qu'après avoir constaté formellement que les mesures en question avaient été prises *dans l'intérêt du service* (1).

Voyons, maintenant, quels ont été, de 1905 à nos jours, les cas d'application les plus intéressants du contrôle contentieux de la moralité administrative.

§ 2. — Solutions essentielles données par le Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir (2)

Pour éviter une énumération trop longue et plus ou moins fastidieuse, nous nous limiterons à un exposé des catégories les plus représentatives du détournement de pouvoir. Des cas particuliers de détournement de pouvoir seront, d'ailleurs, traités ultérieurement au paragraphe 3 ci-dessous.

I. Animosité personnelle et esprit de parti

Nous rencontrons, tout d'abord, des arrêts qui annulent pour excès de pouvoir des arrêtés municipaux inspirés par la *passion politique* et l'*esprit de parti* ou l'*animosité* contre certaines personnes, fonctionnaires, employés et groupements (3).

(1) Cf. not. Cons. d'Et. 19 janvier 1917 *Brémond*; 7 février 1919 *Cazade*; 30 janvier 1920 *Dame Barrachin*.

(2) V. ALIBERT, *op. cit.*, p. 238 et s.

(3) Cf. Cons. d'Et. 4 août 1905 *Lespinasse* (exclusion d'un fournisseur des adjudications du ministère de la Guerre sous prétexte que ce fournisseur s'était permis de critiquer la gestion financière du gouvernement); 14 janvier 1910 *Rigal* (suspension d'un garde champêtre); 22 novembre 1907 *La Fraternelle de Beuzeville*; V. égal. Cons. d'Et. 15 juin 1928 *Ferry* (annulation d'une décision du sous-secrétaire d'Etat des Ré-

a) C'est ainsi que par arrêt du 5 juillet 1918 *Société la Cécilienne* le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté d'un maire qui, à plusieurs reprises, avait refusé à une société musicale l'autorisation de sortir sur la voie publique, alors cependant qu'aux mêmes époques, l'autorisation avait été accordée à une musique rivale. Les circonstances de l'affaire ne laissent subsister aucun doute sur l'existence du détournement de pouvoir (1).

Un arrêt du 18 novembre 1921 *Société l'Etoile de Saint-Hilaire* censure deux arrêtés d'un maire, qui, dans le but d'exercer des représailles à l'égard d'une société de gymnastique, laquelle s'était opposée à la fusion avec une autre société existant dans la commune, avait refusé à ladite société l'autorisation de défilér avec fanfare sur la voie publique.

Le Conseil d'Etat, après avoir constaté qu'il résultait de la délibération du conseil municipal rapprochée des délibérations précédentes du même conseil « que le refus opposé « à la demande de la société requérante n'était justifié, en « réalité, par aucun motif tiré de la nécessité du maintien « de l'ordre public et avait *pour but de favoriser une « société rivale* », annule pour excès de pouvoir.

L'arrêt mérite d'être retenu parce que le juge indique nettement, dans sa formule, le but réel visé par le maire. C'est encore là un exemple de plus des procédés fréquemment suivis par le juge de l'excès de pouvoir dans les cas où, la mesure administrative incriminée par les intéressés se présentant par elle-même avec toutes les apparences de la régularité, la recherche du but réel poursuivi par l'auteur de l'acte s'impose pour la censure du détournement de pouvoir.

gions libérées affectant un fonctionnaire, chef du bureau des prestations en nature, à un service dans lequel ce fonctionnaire ne pouvait être pourvu d'un emploi correspondant à son grade, étant donné qu'aucun des postes de chef de bureau ne se trouvait vacant dans ce service et que, par ailleurs, des bureaux du ministère étaient sans titulaires dans d'autres services).

(1) Cf. également arrêt du même jour *sieur Leclerc et autres*.

b) Dans l'arrêt *Gonot* du 21 janvier 1910 (S. 10.3.36 avec les conclusions de M. Saint-Paul), annulant l'arrêté d'un maire qui avait interdit la pose, dans le cimetière de la commune, « de toutes croix revêtant le caractère d'em-
« blèmes religieux », le Conseil d'Etat précise que « les
« pouvoirs de police conférés aux maires par l'art. 97 de
« la loi du 5 avril 1884 ne s'appliquent qu'aux mesures
« ordonnées dans l'intérêt de la sécurité, de la salubrité,
« de la tranquillité publiques ou pour le maintien du bon
« ordre et de la décence dans le cimetière ; s'il appartient
« au maire de déterminer les dimensions et les hauteurs
« des monuments funèbres, il ne peut le faire qu'en vue de
« sauvegarder l'un des intérêts ci-dessus spécifiés » ; comme il apparaissait, d'après les circonstances de la cause, que le maire avait surtout voulu assurer la neutralité du lieu de sépulture alors que le concessionnaire est absolument libre de donner à celle-ci un caractère nettement religieux, le Conseil d'Etat annula pour excès de pouvoir.

Dans cet ordre d'idées, il convient également de signaler l'arrêt *Niveleau et autres* du 25 novembre 1921 (S. 23.3.17 avec les conclusions de M. Corneille et la note de M. Hauriou).

Le maire de la commune de Vauchrétien avait refusé d'accorder une concession collective, dans le cimetière de la commune, à un groupe d'habitants qui voulaient ériger un monument religieux à l'emplacement où ils se proposaient de faire inhumer les restes de leurs proches, morts à l'ennemi.

L'arrêt rendu sur recours des intéressés contre ce refus est remarquable par le fait que les circonstances de l'affaire démontraient nettement que les requérants avaient l'intention, comme le fait observer très justement M. Hauriou dans sa note, de détourner la procédure des demandes de concession de son but régulier pour honorer, d'une façon toute particulière, par l'érection d'un monument à caractère religieux la mémoire des membres de la famille morts sur le champ de bataille alors que, dans la commune, il existait

déjà un monument neutre aux morts de la guerre. Or, dans notre espèce et en l'absence de tout texte contraire, la liberté de l'entreprise collective dont les requérants avaient pris l'initiative ne pouvait être restreinte que pour la sauvegarde indispensable de l'ordre public et les nécessités du bon aménagement du cimetière. Il ne pouvait appartenir au maire de s'abstenir de faire droit à la demande des intéressés pour des motifs étrangers aux intérêts qui viennent d'être indiqués, motifs apparemment dictés par des considérations d'intolérance religieuse.

« La liberté de l'entreprise collective, dit M. Hauriou, « n'est aucunement astreinte à se servir de formes juridiques déterminées, il lui est loisible d'user de toutes les « institutions du droit commun propres à lui procurer son « résultat ; l'entreprise collective religieuse jouit, en principe, de cette même liberté juridique. Si un monument « religieux dans un cimetière ne peut être réalisé que sous « le couvert de la législation des concessions perpétuelles et « par la pratique des demandes collectives de concessions, « on doit respecter cette démarche, pour oblique qu'elle « paraisse, parce que c'est la démarche d'une liberté... En « somme, un administrateur commet un détournement de « pouvoir lorsqu'il s'oppose au jeu d'une liberté individuelle, sous prétexte que les citoyens, pour réaliser leur « entreprise, ont usé d'une procédure juridique qui lui « paraît détournée de son emploi habituel ; sous le régime « de la liberté moderne, non seulement ce qui n'est pas « défendu par la loi est permis, mais même toute procédure « juridique, licite en soi, peut être librement employée pour « réaliser ce qui n'est pas défendu par la loi ; il n'y a point « à reprocher aux citoyens de délit de procédure, pour « l'usage de leur liberté ».

Nous avons déjà vu, à propos de l'examen de l'arrêt *Lalaguet* (V. ci-dessus, p. 183), qu'il n'en est pas de même en ce qui concerne les procédures employées par l'administration ; celles-ci tombent sous l'application stricte de la règle de la *spécialité des procédures administratives* à laquelle le Con-

seil d'Etat n'admet aucune dérogation. C'est là encore un fait qui démontre que l'étendue d'application de la théorie de *l'abus du droit*, entendue au sens d'une théorie du détournement des droits privés, ne pourra, par la force même des choses, jamais atteindre l'importance de celle de la théorie du détournement de pouvoir en droit administratif.

L'arrêt du Conseil d'Etat caractérise d'ailleurs les efforts de la jurisprudence administrative tendant à établir constamment de nouvelles directives pour limiter, dans un but évident de moralité, les entreprises du pouvoir administratif. En voici le texte: « Considérant, dit le Conseil, que le « maire de Vauchrétien a été saisi par un certain nombre « d'habitants de la commune d'une demande tendant à « obtenir la concession à titre onéreux d'un terrain par eux « désigné dans le cimetière, en vue d'y élever un monu- « ment religieux destiné à l'inhumation des membres de « leurs familles morts à l'ennemi ; — considérant que, s'il « appartient aux maires de statuer sur les demandes de « concessions à titre onéreux, et s'ils sont investis du droit de « police dans les cimetières, le maire de Vauchrétien n'a pu « se fonder sur des préoccupations étrangères au but en vue « duquel les pouvoirs qu'il tient de l'art. 16 du décret du « 23 prairial an 12, et de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, « lui ont été conférés pour refuser d'examiner la demande « qui lui était adressée, qu'ainsi, la décision attaquée est « entachée d'excès de pouvoir et quelle doit, dès lors, être « annulée..., etc. »

On voit dans quel sens le Conseil d'Etat entend, aujourd'hui, la *police des cimetières*. Il n'est pas douteux que notre arrêt, en indiquant une limite qui, vraisemblablement, n'aurait jamais été aperçue aussi clairement auparavant, a fourni un élément précieux pour une définition plus précise des diverses facultés impliquées dans l'exercice des pouvoirs de police appartenant aux autorités locales.

Le Conseil d'Etat a, d'ailleurs, confirmé son point de vue

dans une décision du 27 avril 1923 *Trottereau, Berthelot et autres*, intervenue dans des circonstances analogues.

Il est à remarquer, au surplus, que, sans fixer dans sa formule le but réel ayant pu inspirer le refus opposé par l'autorité administrative et sans même se prononcer sur les buts *concrets* susceptibles de justifier l'intervention administrative en matière de police des cimetières, le Conseil d'Etat se borne à déclarer brièvement, marquant ainsi le caractère essentiellement *disciplinaire* du contrôle de l'excès de pouvoir, que « le maire n'a pu se fonder sur des préoccupations « étrangères au but en vue duquel les pouvoirs qu'il tient « de l'art. 16 du décret du 23 prairial an 12 et de l'art. 97 « de la loi du 5 avril 1884 lui ont été conférés pour refuser « d'examiner la demande qui lui était adressée ».

Mentionnons encore, dans cet ordre d'idées, que dans un arrêt du 19 novembre 1926 *Gervais* (*Rev. dr. p.*, 1927, p. 225, avec les conclusions de M. Cahen-Salvador), le Conseil d'Etat, apportant une précision de plus aux pouvoirs de police de l'autorité locale, sans toutefois résoudre la question dans son ensemble, reconnaît au maire le droit de s'opposer à ce que, dans un but absolument étranger à la *destination normale* des cimetières, certaines familles élèvent un monument à caractère religieux pour y inscrire les noms de tous les habitants de la commune morts au champ d'honneur, en dehors de tout accord avec les autres familles intéressées.

En définitive, le droit des concessionnaires de terrains de sépulture aura pour limite la *destination particulière* du cimetière et le respect de la *liberté de conscience* et des croyances d'autrui imposé par la loi du 14 novembre 1881 sur la *neutralité* des cimetières. Mais en deçà de cette limite la liberté des intéressés est entière et il ne saurait leur être reproché, sous ce rapport, aucun abus de leur droit alors même qu'ils profiteraient de cette liberté pour se livrer, *par une voie oblique*, à des manifestations non équivoques d'ordre confessionnel. Un maire qui s'oppose à l'exercice légitime de ce droit commet un détournement de pouvoir caractérisé.

II. Les buts d'intérêt privé, d'ordre fiscal et pécuniaire

Le principe qui tend à interdire aux administrateurs de faire usage de leurs pouvoirs de police dans un *intérêt privé* ou même d'ordre *fiscal et pécuniaire* a été confirmé, soit expressément, soit implicitement, par un grand nombre d'arrêts. Nous rencontrons des solutions variées comportant ou impliquant censure de décisions administratives réglant des barrages en rivière, des prises d'eau (1), la circulation et les quêtes (2) sur la voie publique, la vente de denrées (3), la tenue des baigneurs dans les bains de mer (4), etc., dans un intérêt privé, en vue de la création de monopoles, soit dans un but exclusivement fiscal. Dans les lignes qui vont suivre, nous allons rendre compte de quelques-uns de ces arrêts.

a) Dans un arrêt du 6 février 1914 *dame veuve Barbarin*, le Conseil d'Etat censure l'attitude d'un maire qui avait imposé au concessionnaire d'une sépulture certaines restrictions en vue de la protection d'une concession voisine.

b) Un arrêt rendu en 1917 (Cons. d'Et. 8 juin 1917 *Ville de Cannes c. Rabé* S. 20.3.1, avec la note de M. Hauriou) affirme une fois de plus que la police de la circulation, devant être exercée uniquement en vue de la sauvegarde de l'ordre et de la sécurité publique, ne saurait tendre, en

(1) V. not. Cons. d'Et. 30 novembre 1905 *Bouisson*; Cf. Cons. d'Et., 11 juin 1909 *Colman*.

(2) Cons. d'Et. 4 mai 1928 *Beau et autres* (S. 28.3.104). Annulation d'un arrêté de maire ayant réservé, d'une manière absolue, à une seule société l'autorisation de quêter sur la voie publique.

(3) Le principe posé dans l'arrêt *Trotin* du 21 décembre 1900 pour la vente du poisson par l'intermédiaire des facteurs de la halle se retrouve, notamment, dans l'arrêt *Syndicat des armateurs à la pêche de Dieppe et du Tréport* du 6 février 1925. Par arrêt du 13 janvier 1928 *Taris* (D. hebdomadaire 28.139), le Conseil d'Etat annule l'arrêté d'un maire dans celles de ses dispositions qui avaient prescrit la présentation et la mise en vente, au marché en gros, de toutes les viandes foraines introduites sur le territoire de la commune en quête d'acheteurs et destinées à être vendues en gros et demi-gros.

(4) Cf. Cons. d'Et. 4 juillet 1924 *Beaugé*, *Gaz. Pal.*, 24. 2. 236.

dehors de tout motif de cette nature, à favoriser des entreprises privées.

En l'espèce, le Conseil d'Etat annule un arrêté du maire de Cannes qui, à l'instigation d'une corporation de propriétaires de taxis-autos, avait refusé au requérant la délivrance d'un numéro de voiture de place, refus ayant eu pour but de sauvegarder les intérêts du syndicat des propriétaires.

Dans sa note sous cet arrêt, M. Hauriou fait remarquer : 1° que « la police municipale ne peut pas organiser en corporations les industries qui touchent à la circulation sur la voie publique, sans des raisons d'ordre public d'absolue nécessité », 2° qu'elle « ne peut procéder à de pareilles organisations *par voie détournée*, mais qu'elle doit le faire directement et franchement, par un règlement de principe, qui puisse être attaqué au contentieux... ». « La municipalité de la ville de Cannes, poursuit M. Hauriou, n'avait observé ni l'une ni l'autre de ces deux conditions ; d'autre part, il ne pouvait pas être d'une absolue nécessité pour l'ordre public de limiter le nombre des voitures de place et d'en ériger l'entreprise en une sorte d'office public ; d'autre part, l'organisation des patrons cochers en corporation municipale avait été le résultat de mesures obliques ; elle provenait de ce que les industriels s'étaient eux-mêmes syndiqués, et de ce que la municipalité obéissait à leurs suggestions pour refuser d'autoriser de nouvelles voitures. C'était une corporation de fait, une corporation honteuse, dont le Conseil d'Etat ne pouvait admettre l'existence juridique ».

L'arrêt du Conseil d'Etat, qui est très bref et ne contient d'ailleurs aucune indication sur la régularité de la création de corporations municipales, est ainsi conçu : « Considérant, dit le Conseil, qu'il résulte de l'instruction que les restrictions édictées par le maire de Cannes pour la mise en service des voitures de place, à la suite des délibérations du conseil municipal..., ont été inspirées par des intérêts autres que celui du *bon ordre* et de la *circulation*, le sieur Rabé est fondé à soutenir qu'en lui faisant application de

« ces mesures, et en refusant de lui délivrer un numéro de
 « voiture de place pour la voiture automobile dont il est
 « propriétaire, le maire de la ville de Cannes s'est servi des
 « pouvoirs qu'il tient de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884
 « dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été
 « conférés... » (1).

Il est intéressant de constater que, dans un arrêt du 8 août 1921 *sieur Rabé* le Conseil d'Etat, appelé à statuer sur la régularité d'une mesure prise par le maire de la ville de Nice refusant de délivrer au requérant un numéro lui donnant droit de faire stationner une voiture de place sur la voie publique, a donné une solution contraire à celle de l'arrêt mentionné ci-dessus. Le juge déclare « qu'il ne résulte
 « pas de l'instruction que les restrictions édictées par le
 « maire de Nice pour la mise en service des voitures de place
 « aient été inspirées par des intérêts autres que celui du
 « bon ordre et de la circulation ».

Les circonstances de l'affaire ne se présentaient, sans doute, pas de la même façon que celles de l'espèce rapportée ci-dessus. Néanmoins, on ne peut pas ne pas être frappé des nuances qui différencient les solutions données par le juge dans les deux espèces. Elles indiquent bien l'extrême prudence et l'attitude réservée qu'observe toujours le juge de l'excès de pouvoir à l'occasion de la censure de l'*immoralité* administrative où tout se ramène, en somme, au délicat problème de la création de directives jurisprudentielles suffisamment souples pour s'adapter aux exigences de la répression du détournement de pouvoir en même temps qu'à celles des prérogatives indispensables du pouvoir administratif.

(1) V. une affaire analogue analysée dans le journal *Le Temps* du 4 mars 1928 : La Compagnie pyrénéenne de transports avait demandé au maire de Bayonne l'autorisation de faire circuler dans cette ville un certain nombre de taxis-autos. Le maire refusa l'autorisation. Le Conseil d'Etat déclare ce refus entaché d'illégalité étant donné qu'il avait été inspiré par des intérêts autres que ceux de la *sécurité* et de la *commodité de la circulation* sur les voies publiques. En effet, le refus était intervenu à la suite d'une démarche des propriétaires de taxis de Bayonne. Les circonstances de l'affaire faisaient ainsi apparaître qu'il avait été inspiré par la préoccupation de favoriser des intérêts privés.

c) Des cas d'abus flagrants ont été jugés par le Conseil d'Etat dans les deux affaires *Froment* et *Tarau* des 29 décembre 1922 et 15 décembre 1926.

Dans la première affaire, le Conseil fut appelé à statuer sur la régularité d'un arrêté municipal interdisant l'organisation de bals publics chez les débitants de boissons de la commune. Nul doute que le dispositif de cette décision présentait, par lui-même, toutes les apparences de la régularité puisqu'il peut toujours appartenir au maire d'interdire les bals publics en vertu de son pouvoir de police. Il résultait, cependant, des termes mêmes de l'arrêté attaqué que le maire avait voulu favoriser un entrepreneur de bals forains, au détriment d'autres commerçants de la commune. Dans ces conditions, le juge ne put qu'annuler pour détournement de pouvoir, attendu que le maire avait usé irrégulièrement des pouvoirs qu'il tenait de l'art. 97 de la loi municipale.

Dans la seconde affaire, le recours était dirigé contre une mesure interdisant au requérant de donner des représentations cinématographiques les dimanches et jours de fête. Le Conseil d'Etat, considérant que l'arrêté municipal avait été pris non pas en vue de sauvegarder les intérêts de la police municipale, mais dans le but de donner satisfaction aux débitants de boissons concurrencés par l'entreprise du requérant, annula pour excès de pouvoir.

Nous remarquons que les deux affaires que nous venons de mentionner représentent des cas classiques de détournement de pouvoir.

d) L'arrêt *Colomb* du 30 janvier 1914 sanctionne le principe qui fait défense à l'administration d'intervenir, par l'exercice du pouvoir de police qui lui appartient sur les cours d'eau en vue d'assurer le libre écoulement des eaux, dans un but exclusivement pécuniaire ou patrimonial. « Considérant, dit le Conseil, que si l'arrêté par lequel le « préfet du département... a ordonné la démolition des vestiges du barrage de prise d'eau du moulin... indique que « cet ancien ouvrage nuit au libre écoulement des eaux, il

« résulte des pièces du dossier que la mesure a été prise
 « *principalement* dans l'intérêt de la conservation d'un
 « pont récemment construit pour desservir une route départe-
 « mentale ; — considérant, d'autre part, que le requérant
 « justifie que l'ancien barrage faisait partie d'une usine
 « ayant une existence légale ; que, dans ces conditions, la
 « suppression de l'ouvrage, motivée par un intérêt *autre*
 « *que celui d'assurer la salubrité publique et de prévenir*
 « *les inondations*, ne pouvait être poursuivie... que moyen-
 « *nant indemnité* ; que, dès lors, l'arrêté attaqué, en vertu
 « duquel les frais de démolition sont mis à la charge du
 « sieur Colomb et les droits de ce dernier à indemnité ne
 « sont pas réservés, est entaché d'excès de pouvoir... ».

Il y a donc excès de pouvoir, de la part d'une autorité administrative, à assurer la protection d'un ouvrage public par l'exercice de la police des cours d'eau ; par ailleurs, les mesures tendant à une protection de ce genre doivent, lorsqu'elles touchent aux droits des particuliers, conserver, en toute circonstance, un caractère patrimonial qui, le cas échéant, pourra engager la responsabilité pécuniaire de l'Etat.

III. Empiètement sur la compétence de l'autorité judiciaire — Gestion du domaine privé par des mesures de police

A plusieurs reprises, le juge de l'excès de pouvoir dut insister sur le fait qu'il ne saurait appartenir à un agent de l'administration d'intervenir, par son pouvoir de police, soit pour régler des questions ressortissant exclusivement à la compétence des tribunaux judiciaires, soit pour s'immiscer directement dans des litiges.

a) Il a été décidé, notamment, qu'un maire ne saurait déterminer par un arrêté de police les limites de terrains concédés dans les cimetières sans empiéter, par le fait même, sur un domaine réservé aux tribunaux civils, et que, d'une

façon générale, il n'appartenait pas au maire d'assurer par des *moyens de police* la *protection du domaine* (1).

b) Il a été jugé, en outre, qu'un maire qui avait ordonné la fermeture d'une église, sous prétexte d'empêcher des désordres, s'était rendu coupable d'un excès de pouvoir, l'arrêté ayant été pris, en réalité, pour faire obstacle à l'exécution d'une ordonnance de référé (2).

Tous ces cas constituent, d'ailleurs, plutôt des cas de violation de la loi de compétence qu'un détournement de pouvoir au sens propre de ce mot.

IV. Attitude réservée de la jurisprudence

a) La réserve observée par le Conseil d'Etat dans l'exercice du contrôle du détournement de pouvoir s'affirme d'une façon particulière dans l'arrêt *Compagnie des omnibus et tramways de Lyon* du 6 mai 1921 (*Rev. dr. p.*, 1921, p. 520 avec les concl. de M. Corneille).

Il s'agissait, en l'espèce, de l'appréciation de la régularité d'un arrêté préfectoral qui, pendant la guerre, avait soumis l'apposition d'affiches à l'intérieur des voitures de la Compagnie des tramways de Lyon à des restrictions importantes. La mesure attaquée était intervenue à la suite de critiques et de protestations violentes soulevées par le fait qu'une firme étrangère, qu'on prétendait plus ou moins hostile à la cause française, pût bénéficier des avantages de l'affichage dans les tramways d'une ville française. Dans ces conditions, il était permis de supposer que le préfet avait fait usage des pouvoirs qui lui appartenaient en vue d'assurer la commodité des voyageurs dans un but étranger à ces intérêts de police. Toutefois, il y avait également des

(1) Cons. d'Et. 6 février 1914 *Dame veuve Barbarin*; 22 mai 1914 *Legras*; 23 mai 1928 *Vieuille* D. hebdomadaire 1928, p. 387 (annulation pour excès du pouvoir d'un arrêté municipal qui avait enjoint au desservant d'enlever des étiquettes apposées sur les bancs de l'église au nom de différentes personnes).

(2) Cons. d'Et. 8 février 1908 *abbé Déliard*.

raisons d'admettre que, par les restrictions qu'il avait édictées, l'agent administratif avait encore été guidé par des considérations tirées de la nécessité d'assurer les intérêts dont il avait la garde.

Appelé à statuer sur le recours des intéressés, qui arguaient d'un prétendu détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat estime que l'arrêté préfectoral avait bien été pris pour assurer la *commodité des voyageurs* et que la Compagnie requérante n'était pas fondée à soutenir qu'il avait pour *but unique* d'atteindre une firme déterminée et que, de ce fait, il était entaché de détournement de pouvoir.

Il suffit donc au Conseil d'Etat de constater que le désir d'user de représailles à l'égard de la firme Suchard n'était pas la seule fin *principale* poursuivie par l'agent compétent, mais que les restrictions apportées par le préfet à l'affichage tendaient également à un *but régulier de service*, pour refuser de faire droit à la requête des intéressés.

Nous retrouvons ainsi dans l'arrêt la règle d'après laquelle, en cas de *pluralité* de buts ayant exercé une influence *déterminante* sur l'intervention de l'administration, l'acte administratif ne doit être considéré comme entaché de détournement de pouvoir que lorsqu'aucun de ces buts déterminants ne peut être retenu comme conforme aux règles de la bonne administration, peu importe que certaines de ces fins présentent par elles-mêmes un caractère irrégulier.

b) Dans l'arrêt *Syndicat professionnel des marchands forains* du 2 décembre 1910, le Conseil d'Etat précise que si une nouvelle délimitation des emplacements réservés à la tenue des marchés forains a pour conséquence *indirecte* de favoriser le commerce local, cette circonstance n'est pas de nature à entacher d'excès de pouvoir la mesure de délimitation, alors que la restriction des surfaces mises précédemment à la disposition des marchands forains a pour effet d'assurer la liberté de la circulation.

C'est ainsi encore que le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'y avait pas détournement de pouvoir lorsqu'un maire interdit,

dans l'intérêt général, la circulation des véhicules dépassant un poids déterminé dans certaines rues d'une commune, alors même que l'arrêté du maire aurait eu pour effet *d'alléger les dépenses de la commune* (Cons. d'Et. 29 janvier 1926 *Société des plâtrières de Bagnolet*) (1).

(1) Il va de soi que le bon état des routes et chemins est une condition indispensable à la sécurité et à la commodité de la circulation. Comme telle, la préoccupation des administrations locales de protéger, par des mesures préventives, les routes et chemins publics contre toute dégradation n'a donc rien de répréhensible.

Il y a des lois qui répriment certaines dégradations (Cf. not. art. 479 - 11° C. pén.; loi du 29 floréal an 10; loi du 30 mai 1851); il existe également des textes qui fixent certaines limites au poids des véhicules empruntant la voie publique (Cf. not. décr. du 31 décembre 1922, art. 2). Mais ces textes sont insuffisants pour prévenir, d'une manière efficace, tout dommage résultant d'une circulation qui prend, aujourd'hui, des proportions inattendues. D'une part, les dégâts résultant d'une circulation normale ne tombent évidemment pas sous l'application des dispositions législatives réglementant spécialement le roulage. D'autre part, ces textes même là où ils s'appliquent ne peuvent avoir qu'une portée limitée. La tentation était grande, pour les préfets et les maires, de remédier à cet état de choses et de prévenir tout dommage de quelque importance par des arrêtés de police interdisant la circulation de certains véhicules pour éviter avant tout les frais d'entretien, dont la charge s'accroît de jour en jour, dans la mesure du développement de la circulation moderne. Or, les pouvoirs de police conférés aux agents locaux par les textes en vigueur (V. not. Code de la route, art. 62; Loi municipale, art. 97) ne permettent pas de poursuivre un but autre que la sauvegarde de la sécurité et de la commodité du passage sur les voies publiques.

Le Conseil d'Etat s'est chargé de dégager les principes qui s'appliquent en pareille matière: C'est ainsi qu'il a reconnu la régularité d'une interdiction *temporaire* de la circulation de camions automobiles dépassant un poids déterminé, alors que cette interdiction s'imposait pour rendre possible l'entretien de la voie devenue impropre à une circulation normale. Dans les circonstances de l'affaire, la mesure avait été prise dans un intérêt de sécurité (Cons. d'Et. 3 février 1926 *Soc. d'exploitations forestières de Paimpont* D. 28.3.48).

Mais l'interdiction temporaire de la circulation sur la voie publique visant des véhicules déterminés est entachée d'irrégularité lorsque ces véhicules n'accasionnent pas de dégâts *anormaux*, commandant l'arrêt momentané de la circulation dans l'intérêt de la sécurité du passage. Une semblable interdiction ne peut, en effet, avoir été inspirée que par le désir de ménager les intérêts du budget administratif, fin contraire à l'idée même de la police de la circulation, qui ne saurait être exercée qu'en vue d'assurer la sécurité et la commodité du passage dans les voies publiques.

On voit combien les directives suivies par le juge de l'excès de pouvoir peuvent varier lorsqu'il s'agit de déterminer les facultés comprises dans la police municipale et au-delà desquelles le détournement de pouvoir doit être considéré comme établi. Telle mesure administrative qui, dans des circonstances déterminées, est tenue pour conforme aux buts spéciaux de la fonction exercée par l'agent, quand bien même elle aurait pour effet d'amener un résultat ne paraissant plus se rattacher directement à ces buts, est censurée par le juge lorsque, d'après des considérations tirées plus spécialement de l'époque ou du lieu où elle est intervenue, l'intervention administrative apparaît inspirée par des buts autres que ceux tirés de l'idée même de la fonc-

C'est ce qui résulte de l'arrêt *Belleseize* du 12 novembre 1927 D. 28. 3. 48.

Le maire d'une commune avait interdit, pendant une période déterminée de l'année, la circulation des véhicules automobiles sur un chemin vicinal dont l'entretien n'était assuré que dans des conditions très sommaires. L'arrêt avait été pris pour éviter l'arrachement de matériaux et leur dispersion et, par voie de conséquence, la charge de l'entretien du chemin.

Le Conseil d'Etat déclare, dans son arrêt, « que s'il appartenait au « maire... de prendre toutes mesures de nature à assurer la *sécurité* « sur les voies publiques et l'usage *normal* de ces voies, il résulte de « l'instruction que les prescriptions de l'arrêté attaqué interdisant tempo- « rairement la circulation des voitures automobiles sur le chemin vicinal... « ont été édictées dans l'*intérêt financier* de la commune; que, dès lors, « le requérant est fondé à demander l'annulation dudit arrêté comme « entaché de *détournement de pouvoir* » (V. pour tous ces points la note de M. Gaston MONSARRAT au D. 28. 3. 45).

Dans l'arrêt *Sucrerie et Raffinerie de Briennon* du 27 janvier 1927 (S. 28. 3. 84), le Conseil d'Etat déclare que « s'il appartient au maire de « réglementer d'une manière particulière ou même d'interdire la circu- « lation des camions automobiles ou autres véhicules dont les dimen- « sions lui paraissent de nature à compromettre la sécurité du passage « sur les chemins ruraux de la commune ainsi que le libre usage de ces « voies, lesdits chemins n'ayant pas une largeur suffisante pour « permettre le croisement des voitures avec des véhicules de trop « grandes dimensions, il ne peut sans porter atteinte au principe de la « liberté de l'industrie et au droit de propriété prononcer, *alors que la* « *circulation des véhicules mus par un autre mode de traction n'a été* « *l'objet d'aucune réglementation*, l'interdiction générale et absolue de « la circulation, sur les chemins ruraux, des camions automobiles, « quels qu'en soient les dimensions et le poids ».

tion. C'est pourquoi les mesures prises par un maire pour limiter les emplacements réservés à la tenue des marchés forains ou pour interdire la circulation, sur la voie publique, de véhicules déterminés, seront dans certains cas jugées conformes aux règles de la bonne administration, alors, que, dans d'autres, elles seront annulées pour détournement de pouvoir parce qu'il apparaîtra, d'après les circonstances de temps ou de lieu, qu'elles ont été, surtout, prises, soit pour protéger le commerce local et accroître les recettes de la commune, soit pour éviter à cette dernière des dépenses d'entretien auxquelles elle ne saurait normalement échapper (V. arrêt *Bellescize*, cité en note).

Dans tous ces cas, il est évidemment très difficile d'établir par avance des règles concrètes fixes pouvant servir de critérium immuable pour la censure du détournement de pouvoir.

§ 3. — Solutions particulières

I. Fraude à la loi. — II. Usage détourné du pouvoir de tutelle. — III. Nominations pour ordre.

Nous venons d'examiner un ensemble de solutions jurisprudentielles faisant application des principes les plus généraux de la moralité administrative. Il nous reste maintenant à passer en revue certaines décisions intervenues en matière de détournement de pouvoir qui se distinguent des espèces que nous venons d'examiner par certaines particularités plus ou moins accentuées.

I. — Dès les premières années de notre siècle, nous rencontrons des arrêts qui ont définitivement confirmé ce que M. Hauriou a très justement appelé la *théorie de la fraude à la loi* (1).

(1) Cette théorie s'était déjà affirmée vers la fin du siècle dernier. Cf. not. Cons. d'Et. 17 novembre 1893 *commune de Lavardin* (S.95.3.73 avec la note de M. HAURIOU); annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté préfectoral portant annulation de l'arrêté par lequel un maire avait suspendu pour un mois le garde champêtre, alors que cette suspension ne constituait nullement une *révocation déguisée*.

Il arrive souvent que des autorités administratives inférieures prennent des décisions qui, *tout en rentrant apparemment dans le cadre de leurs attributions légales*, visent, cependant, à obtenir par un moyen détourné un résultat en opposition avec une disposition *formelle* d'une loi de compétence ou de fond. Or, il serait inadmissible qu'un agent public pût, par le moyen d'une procédure apparemment régulière, poursuivre des buts se trouvant absolument en dehors de sa compétence personnelle ou violant une prohibition édictée par la loi (1).

a) C'est ainsi que le Conseil d'Etat a annulé des arrêtés de maire portant suspension renouvelée de gardes champêtres dans le but évident d'atteindre un résultat équivalent à la révocation réservée par la loi au préfet.

Les arrêts du Conseil d'Etat des 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910 *Fabrègues* (S. 11.3.121, avec la note de M. Hauriou) sont bien connus. « Considérant, dit le Conseil,... que « par un premier arrêté... le maire... avait suspendu de ses « fonctions pour un mois le sieur Fabrègues ; qu'en prononçant, à nouveau, par les dix arrêtés attaqués, cette

(1) Ces cas diffèrent des autres applications du détournement de pouvoir en ce que l'acte irrégulier pour *fraude à la loi*, sans poursuivre nécessairement un but contraire au bien du service, aboutit indirectement à une violation d'une disposition *formelle et précise* de la loi spécialement applicable à l'espèce. Si, par lui-même, l'acte ne renferme aucun élément irrégulier, l'auteur de l'acte vise, cependant, à faire échec à l'exercice de la *compétence* légale de l'autorité supérieure pour étendre la sienne propre ou à tourner par des moyens apparemment légaux les prescriptions de la loi. C'est ainsi qu'un maire suspendant, successivement, à plusieurs reprises, un garde champêtre peut, par l'usage, en apparence régulier, d'un pouvoir qui lui a été conféré par la loi, obtenir un résultat équivalent pratiquement à la *révocation* de l'agent, ce qui constitue évidemment un empiètement caractérisé sur les droits réservés spécialement au préfet.

La théorie de la *fraude à la loi* est également bien connue en droit privé où elle a reçu des applications intéressantes; elle est fréquemment appliquée en droit international privé, notamment en matière d'état et de capacité des personnes. Voy. encore les théories de la *simulation* et des *actes déguisés* qui se rattachent à celle de la *fraude à la loi*. Cons. pour toutes ces questions: JOSSERAND, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, p. 214 et s.; RIPERT, *op. cit.*, p. 293 et s.

« mesure disciplinaire, sans que le requérant ait repris ses « fonctions, le maire a excédé les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 102 de la loi du 5 avril 1884... ».

On ne saurait prétendre que, dans ces espèces, le maire qui, à plusieurs reprises, avait suspendu pour un mois le garde champêtre eût violé, par ce seul fait, les dispositions formelles de la loi. Mais si, apparemment, il n'avait fait qu'user des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 102 de la loi municipale, les circonstances dans lesquelles ces suspensions furent prononcées, le fait que, sans attendre que le requérant eût repris ses fonctions, il avait prononcé de nouvelles suspensions, indiquait suffisamment que le résultat immédiat recherché par l'auteur de ces mesures consistait, en réalité, dans la révocation du fonctionnaire, droit appartenant exclusivement au préfet (Cf. encore Cons. d'Et. 2 août 1918 *Bouis*).

Des cas analogues se sont présentés à l'occasion de l'exercice par les conseils municipaux de leur droit de création et de suppression de services.

On sait que les communes ont la faculté de supprimer les emplois municipaux non obligatoires à condition, cependant, que ces suppressions ne constituent pas des révocations déguisées. En fait, il est arrivé assez souvent que les conseils municipaux se sont servis de leurs pouvoirs pour atteindre un but illicite.

C'est ainsi que, par arrêt du 12 janvier 1917 *Rézar*, le Conseil d'Etat a annulé une décision par laquelle un conseil municipal avait supprimé un emploi de garde champêtre, alors que cette suppression constituait une véritable révocation qu'il n'appartenait pas au conseil de prononcer. Il résultait, en effet, des circonstances de l'affaire que la mesure prise par la commune n'avait pas en réalité été dictée par des raisons d'économie, mais uniquement par l'animosité manifestée par la municipalité à l'encontre du requérant.

Lorsque des doutes peuvent subsister sur les intentions réelles des conseils municipaux, le juge refuse de censurer.

Dans un arrêt du 16 janvier 1914 *Merlin*, le Conseil d'Etat, appelé à statuer sur la régularité d'une suppression d'emploi dont se plaignait le requérant, déclare que « dans les circonstances où le conseil municipal... a voté la suppression de l'emploi et du traitement du garde champêtre, il n'a fait qu'user du droit qui lui appartenait et qu'il ne peut être considéré comme ayant empiété sur le droit de révocation réservé au préfet ».

Un arrêt du 24 juin 1921 *Bouis* démontre bien l'extrême réserve observée par le Conseil d'Etat en cette matière. Bien qu'en l'espèce les arrêtés de suspension pris par le maire à l'égard du requérant eussent déjà été annulés par lui dans un arrêt antérieur et qu'il pût donc avoir de justes motifs de supposer que la suppression décidée par le conseil municipal n'était pas conforme aux règles de la bonne administration, le Conseil déclare que « le conseil municipal n'a fait qu'user de ses pouvoirs... en supprimant pour des raisons d'économie... l'emploi de garde champêtre ». La solution donnée par le juge est d'autant plus curieuse que quelques années après la suppression de l'emploi décidée par lui, le conseil municipal avait rétabli le service et que le requérant n'avait pas été compris dans les nouvelles nominations faites par le maire (1).

(1) « Considérant, dit le Conseil, que si, comme le Conseil d'Etat l'a reconnu par décision en date du 2 août 1918, le maire de Besse n'a pu, sans violer la loi, suspendre de ses fonctions, par des arrêtés renouvelés de mois en mois, du 12 septembre au 9 décembre 1916, le sieur Bouis, lequel, à l'époque où sont intervenus chacun de ces quatre arrêtés, n'avait pas repris les fonctions dont il avait été suspendu pour un mois le 11 août 1916, le conseil municipal de la commune susdésignée n'a fait qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'article 102 de la loi du 5 avril 1884 en supprimant pour des raisons d'économie, lors du vote du budget de 1917, l'emploi de garde champêtre; — considérant que l'emploi dont il était chargé se trouvant ainsi régulièrement supprimé au 1^{er} janvier 1917, le sieur Bouis, bien que n'ayant pas été l'objet d'une révocation, avait, à cette date, cessé d'être garde champêtre et que si, après avoir, en 1919, institué un garde des campagnes, la commune a, en 1920, rétabli celui de garde champêtre, il y avait lieu, pour désigner les titulaires successifs de ces deux emplois, à de nouvelles nominations, sans que le sieur Bouis pût prétendre au droit d'être désigné de préférence à tout autre

Notons que la question de la suppression d'emplois de gardes champêtres par les conseils municipaux a été fort discutée en jurisprudence.

Autrefois, le Conseil d'Etat approuvait invariablement les décisions préfectorales qui, par le moyen de l'inscription d'office d'une dépense obligatoire au budget communal, empêchaient, en fait, les communes de procéder à la suppression d'emplois de gardes champêtres dont elles croyaient pouvoir se passer. On se trouvait donc en présence d'un cercle vicieux. Plus tard, on peut constater une certaine atténuation de cette jurisprudence rigoureuse, en ce sens qu'il fut reconnu par le Conseil d'Etat que le droit d'inscription d'office ne pouvait plus s'exercer par *acte séparé* lorsque le préfet avait négligé d'y procéder lors de l'approbation du budget communal (Cf. Cons. d'Et., 22 fév. 1901 *commune de Monticello* S. 02.3.57, avec la note de M. Hau-riou).

« candidat; — considérant qu'il résulte de ce qui précède que le sieur « Bouis n'est pas fondé à soutenir qu'en nommant successivement garde « des campagnes le sieur Tosello, en 1919, et garde champêtre le sieur « Bertrand, en 1920, le maire de Besse a excédé ses pouvoirs... (rejet) ».

Rappr. de tous ces arrêts Cons. d'Et. 15 juin 1928 *Ferry* (cité ci-dessus p. 233, n. 3). Le ministre, qui, à l'intérieur des limites tracées par la règle légale, apprécie souverainement les besoins des services placés sous son autorité, a incontestablement le droit de procéder librement à l'intérieur de ces services à des mutations dans l'intérêt même du service. Il ne saurait, cependant, se prévaloir de ces facultés pour affecter un fonctionnaire d'un grade déterminé à un autre service, même en lui conservant son grade, alors que dans ce service il n'existe aucun emploi de ce grade dont le fonctionnaire puisse utilement être pourvu et que, d'autre part, il existe dans d'autres services des emplois de ce grade demeurés inoccupés. Une telle décision prend, en réalité, le caractère d'une mesure disciplinaire à laquelle il ne saurait procéder sans la faire apparaître comme telle et sans avoir saisi, au préalable, lorsque la loi l'a ainsi ordonné, la juridiction disciplinaire à laquelle il appartient d'examiner, notamment, si la mesure est justifiée par l'intérêt du service.

Cf., dans cet ordre d'idées, Cons. d'Et. 19 juin 1903 *Ledochowski*; 12 février 1904 *Corréard*; 12 mars 1915 *Vandenberg* (« est entachée d'excès « de pouvoir la décision présidentielle mettant d'office un colonel à la « retraite, pour ancienneté de services, sans communication du dossier, « alors qu'il est établi que cette décision a constitué, en réalité, une « sanction disciplinaire contre l'officier qu'elle visait »).

Le Conseil d'Etat fit, ensuite, un pas de plus dans la voie du progrès, en refusant de considérer comme régulière l'inscription d'office, lors de l'approbation du budget local, du traitement d'un garde champêtre bien que l'emploi eût pu être considéré comme régulièrement supprimé par l'autorité communale.

C'est ainsi que, par arrêt du 29 novembre 1912 *commune de Cléry*, il censure l'attitude d'un préfet qui avait inscrit d'office au budget de la commune un crédit pour le traitement d'un garde champêtre alors qu'il résultait de l'instruction que le conseil municipal avait régulièrement supprimé l'emploi pour des raisons d'économie. Aujourd'hui, le droit des communes en ce qui concerne les suppressions d'emplois est donc pleinement reconnu ; le point de vue étroit précédemment défendu par le juge a cédé le pas à des considérations plus conformes aux règles de la moralité administrative en ce sens que les présomptions rigides de *fraude à la loi* ont fait place à des appréciations portant plus spécialement sur les circonstances de fait dans lesquelles est intervenue la décision de suppression d'emploi (Cf. encore Cons. d'Et. 22 décembre 1911 *commune de Dun-sur-Auron* ; 20 janvier 1928 *Nièrès* D. hebdomadaire 28.228).

b) Des cas de fraude à la loi bien plus graves encore que ceux que nous venons d'examiner, parce qu'ils aboutissaient à une violation directe d'une règle de fond, se sont présentés à propos de l'application des lois qui ont consacré la neutralité de l'Etat en matière religieuse.

Au cours des premières années qui suivirent la séparation des Eglises et de l'Etat, les communes ont fréquemment tenté de tourner les prescriptions de la loi en allouant aux ministres des cultes des subventions déguisées. Se dissimulant sous des formes régulières, ces actes ne portaient, par eux-mêmes, aucune atteinte apparente à la disposition légale. Mais le but poursuivi par les auteurs était évidemment contraire à l'interdiction portée par le législateur. Il appartenait au Conseil d'Etat, appelé à statuer sur la régularité d'arrêtés d'annulation pris par les préfets en cette matière,

d'examiner si les décisions des autorités locales contenaient ou non une fraude à la loi décrétant la laïcité de l'Etat. Les appréciations auxquelles devait se livrer la juridiction administrative en pareille matière étaient souvent fort délicates (1).

(1) Un arrêt fréquemment cité dans cet ordre d'idées est l'arrêt *commune de Labastide-Saint-Pierre* du 22 avril 1910 (S. 11. 3. 33). Pour tourner la prohibition des subventions au culte, une commune avait imaginé de constituer le curé, pris en sa qualité d'électeur, gardien du presbytère considéré, pour les besoins de la cause, comme impropre à la location. Le procédé peu prudent employé par la commune pour dissimuler ses véritables intentions ne devait guère lui profiter, car il faisait immédiatement apparaître la fin irrégulière poursuivie par les auteurs de la décision. Aussi le Conseil d'Etat ne put-il que constater l'évidence de la fraude qui avait déjà été relevée par le préfet (Cf. aussi Cons. d'Et. 16 mai 1919 *commune de Montjoie*).

Remarquons, d'autre part, que, dans ces matières, le juge administratif ne s'applique pas tellement à défendre le texte même de la loi que d'imposer le respect des principes de la bonne administration. En effet, il s'abstient de censurer les actes dont le but contraire à la loi ne lui apparaît pas avec une certitude absolue; le Conseil d'Etat est toujours disposé à statuer dans le sens le plus libéral, lorsque les circonstances le permettent. Dans les cas de ce genre, tout se ramène, en somme, à des questions de fait devant être résolues sur la base des règles suggérées par le bon sens, bien plus que par des principes strictement légaux.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat reconnaît la régularité d'une décision par laquelle une commune avait voté une somme de 300 francs pour les services religieux à célébrer, lors de l'inhumation des soldats ramenés du front (Cons. d'Et. 6 janvier 1922, *commune de Perquie* S. 25. 3. 39; Cf. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., p. 538, note (1); Cf. encore: Cons. d'Et. 1^{er} décembre 1905 *commune de Brousseval*; 28 novembre 1913 *commune de Chambon*; 10 juin 1921 *ville de Montbrison*).

Le conseil municipal ne commet aucun excès de pouvoir en votant un crédit pour le salaire des « préposés au gardiennage, à la conservation et à l'entretien de l'église », puisque, en sa qualité de propriétaire des immeubles culturels, la commune a le droit et même le devoir de veiller au bon état de ces immeubles et des objets qui les garnissent. Ce droit est, d'ailleurs, consacré par la loi elle-même en ce qui concerne l'entretien des édifices (L. du 9 déc. 1905, art. 13 *in fine*, modifié par la loi du 13 avril 1908, art. 5). V. Cons. d'Et. 10 novembre 1911 *commune de Saint-Blancard* S. 12. 3. 1 avec la note de M. HAURIU; 13 décembre 1912 *commune de Montlaur* D. 16. 3. 65.

V. pour ces questions la note de M. Robert BEUDANT sous l'arrêt Cons. d'Etat 6 avril 1917 *abbé Paoli* D. 28. 3. 17. (Cet arrêt annule l'arrêté d'un maire qui avait rapporté, pour un motif de droit, après l'expiration d'un délai de deux mois suivant notification à l'intéressé, un pre-

II. — La question des baux de presbytères dont la jouissance gratuite avait été enlevée aux ministres du culte après les lois de séparation a donné au Conseil d'Etat l'occasion d'affirmer de la façon la plus éclatante la *théorie de la spécialité des fonctions*.

Un grand nombre de communes ayant négligé de louer le presbytère communal, comme elles devaient le faire pour obéir à la loi, certains préfets ont cru devoir faire usage de leurs pouvoirs de contrôle budgétaire dans le seul but d'exercer une pression sur les communes récalcitrantes. Ces procédés étaient nettement irréguliers et constituaient un détournement de pouvoir caractérisé, les préfets ne devant exercer leurs attributions budgétaires en matière communale que dans l'*intérêt des finances* de la commune.

Dans l'arrêt *commune de Randan* du 10 juillet 1908 (S. 10.3.149) le Conseil d'Etat censure nettement ces procédés, d'apparence légale, mais absolument contraires aux principes de la bonne administration.

En regard des dépenses facultatives figurant au budget additionnel d'une commune, le préfet avait inscrit la mention: « ajourné jusqu'à approbation du bail du presbytère ». Sur recours formé par la commune, le juge, constatant que

mier arrêté qui avait nommé le curé desservant gardien de l'église. On a voulu voir là une consécration implicite du principe d'après lequel l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 n'empêche pas les maires de confier la garde de l'église au desservant rémunéré, à ce titre, par la commune. Mais, cette décision ne tranche pas du tout la question de savoir si, en l'espèce, l'acte nommant le desservant gardien de l'église devait bien être considéré comme régulier. Sa portée est limitée au règlement du problème de la révocation des actes administratifs, conformément à la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. V. arrêt *Cachet* du 3 novembre 1922. S. 25.3.9 avec la note de M. HAURIU.)

Des questions analogues à celles concernant les subventions au culte se sont présentées en matière de subventions aux écoles privées. Si un conseil municipal peut allouer des secours en argent ou en nature aux enfants pauvres fréquentant les écoles de la commune, il lui est interdit par la loi du 30 octobre 1886 d'accorder une subvention aux écoles privées elles-mêmes (Cons. d'Et. 25 février 1928 *commune de Montfaucon-en-Velay* S.28.3.103). V. pour cette jurisprudence: Auguste RIVET, *Les subventions des départements et des communes aux enfants indigents des écoles privées*, Doc. cath., 1921, t. 5, p. 402 et s.

le préfet avait usé de son pouvoir d'approbation budgétaire « pour des raisons étrangères à l'objet en vue duquel les « articles 145 et 147 de la loi du 5 avril 1884 ont conféré au « préfet le pouvoir de régler les budgets communaux et de « modifier, le cas échéant, les allocations qui y sont portées », annule expressément pour *détournement de pouvoir*.

C'est à propos de cet arrêt et d'autres analogues (1) que M. Hauriou a émis la formule à laquelle il a déjà été fait allusion dans la première partie de cette étude et qui fixe bien la « conception générale de l'administration ». La décision *commune de Randan*, dit-il, « démontre que l'exercice « de chaque pouvoir administratif est étroitement enfermé « dans la poursuite de son but propre et ne saurait être « employé à d'autres buts, même administratifs ». En effet, si, dans notre espèce, le préfet avait le droit incontestable de refuser l'approbation des crédits votés par la commune, pour des raisons tirées de la préoccupation d'une bonne gestion financière, il ne pouvait le faire pour imposer à la commune, par une voie détournée, caractérisant d'une façon bien nette le détournement de pouvoir, le respect de la loi sur une question absolument étrangère aux considérations qui avaient amené le vote des crédits ajournés par lui.

III. — Un des arrêts les plus intéressants du point de vue de notre étude qui aient été rendus au cours de la période qui nous occupe est l'arrêt *Monzat* du 19 novembre 1926.

(1) V. encore Cons. d'Et. 29 juillet 1910 *commune de Saint-Gilles*; 29 juillet 1910 *commune de Mont-Sagor*, etc., arrêts rapportés au S. 11. 3. 33 avec l'intéressante note de M. HAURIOU résumant l'état de la question. Nous nous bornons à y renvoyer. Voici, d'ailleurs, la formule du premier des deux arrêts que nous venons de mentionner: « Il résulte de « l'instruction et des pièces versées au dossier que, si le crédit à « inscrire au budget additionnel de la commune..., pour frais d'assistance aux vieillards..., a été porté par le préfet... de 55,54 fr. à « 265,54 fr., c'est *uniquement* en raison du fait que cette commune « n'aurait pas procédé, au cours de ladite année, à la location de son « presbytère; il suit de là... que le préfet... a pris une décision pour des « raisons étrangères à celles pour lesquelles il pouvait la prendre ».

Cet arrêt représente, en effet, un cas type de contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*. Il applique la théorie du détournement de pouvoir à la matière des *nominations pour ordre*.

A l'heure actuelle, le Conseil d'Etat estime que ces nominations peuvent être annulées pour détournement de pouvoir.

Pour saisir tout l'intérêt qui s'attache à cette question, il importe de remarquer que les nominations pour ordre, faites uniquement dans l'intérêt personnel du fonctionnaire, ne sont pas par elles-mêmes illégales. C'est ce que fait ressortir clairement M. Cahen-Salvador dans ses conclusions précédant la décision du Conseil d'Etat et dans lesquelles il admet d'une manière expresse que ces nominations sont inattaquables au point de vue légal dans les cas où aucune condition particulière n'a été imposée par la loi pour les nominations de fonctionnaires.

Mais la question n'a pas seulement un aspect *légal*, elle comporte surtout un élément *moral* qu'il convient de retenir.

En effet, si toutes les activités de l'autorité administrative doivent être orientées vers des buts conformes à la raison d'être de l'institution, si, disons-nous, tous les actes de la puissance publique doivent exclusivement tendre à des buts spécialement déterminés par le *bien du service*, une règle s'impose d'elle-même, c'est que les nominations de fonctionnaires ne doivent être faites qu'en vue du bon fonctionnement des services publics. Ce point de vue ne saurait sérieusement être contesté. Des raisons de moralité évidentes s'opposent à ce que des nominations de fonctionnaires non suivies d'installation réelle, nominations faites non pas en vue de l'intérêt du service, mais uniquement dans l'intérêt personnel d'un individu, puissent produire des effets juridiques définitifs ; car, comme le dit très bien M. Helbronner dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Bouteyre* du 10 mai 1912, la fonction publique n'est qu'un « ensemble « de pouvoirs et de devoirs organisés par la loi en vue « d'assurer l'accomplissement d'un service public déterminé ».

Les circonstances de l'affaire *Monzat* étaient les suivantes : Le 1^{er} août 1922, le sieur Monzat avait été nommé sous-préfet de Gourdon. Aussitôt installé, il fut mis en disponibilité sans avoir jamais exercé effectivement ses fonctions. Il continua sa carrière à Paris, puis il fut nommé sous-préfet de Montargis. Dès le lendemain de sa nomination, sur sa demande écrite, il fut de nouveau mis en disponibilité. Mais aussitôt après intervint un décret qui annula la nomination au poste de sous-préfet de Montargis. Le sieur Monzat forma un recours contre cette décision qu'il estimait illégale.

Le Conseil d'Etat, « considérant que la désignation du « sieur Monzat, comme sous-préfet de Montargis, n'a pas eu « le caractère d'une nomination régulière faite *en vue de* « *pouvoir aux besoins du service* dans un poste dont il « devait remplir les fonctions, mais d'une *nomination pour* « *ordre*, purement fictive, destinée *uniquement* à lui pro- « curer le bénéfice d'un avancement, que la promotion « effectuée dans ces conditions était faite *non dans l'intérêt* « *du service, mais exclusivement dans l'intérêt personnel* « *du requérant* et était susceptible d'être annulée pour « *détournement de pouvoir* », rejette la requête.

Voilà bien une application intéressante du contrôle contentieux de la moralité administrative, application d'autant plus remarquable qu'auparavant la jurisprudence paraissait plutôt contraire à la solution actuelle (Cf. Cons. d'Et. 9 mars 1923 *Assoc. des chefs et rédacteurs de la Préfecture de la Seine C. Rodier*). Il est incontestable qu'en dépit des termes employés dans son arrêt, le Conseil d'Etat s'est uniquement laissé guider, en l'espèce, par des considérations tirées des principes de la bonne administration et de la *moralité administrative*, étant donné qu'à elle seule la législation ne pouvait lui fournir aucun élément de solution. Le juge relève d'ailleurs, en termes formels, le *détournement de pouvoir* contenu dans le décret de nomination rapporté par le décret attaqué.

L'arrêt nous démontre d'une façon toute particulière qu'il existe une *moralité administrative* indépendante de la loi,