

JEAN BOULOUIS

Supprimer le droit administratif?

Il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses et plus de livres sur les livres que sur tout autre subject : nous ne faisons que nous entregloser.

Montaigne, *Essais*,
III-XIII de l'expérience.

I. — Quitte à décevoir quiconque se réjouit par-devers soi de ce que son radicalisme a de provocant et qui trouve salutaire qu'une certaine iconolâtrie rencontre ses iconoclastes, force est de commencer par dire que la question n'est ni nouvelle, ni vraiment originale. On excéderait vite les dimensions imposées à ce propos en rappelant simplement les opinions qui, depuis plusieurs siècles, se sont affrontées autour d'un tel sujet sans pour autant d'ailleurs que l'état des choses s'en trouve fondamentalement bouleversé. Voilà déjà qui ne laisse pas de prévenir sur la vanité de l'entreprise et sur la présomption qu'il y a à accepter de s'y engager une fois de plus.

Si cependant le droit administratif n'a pas cessé de croître et d'embellir au point de devenir cette discipline hautement élaborée qu'il est aujourd'hui, son existence, aux dires de nombre de ceux qui l'exposent ou l'ont exposé, appellerait des justifications dont la seule recherche paraîtrait incongrue pour n'importe quelle autre branche du droit.

En suggérant ainsi un doute, ne fût-ce que pour le mieux dissiper, peut-être n'attache-t-on pas une considération suffisante à ce qui, pourtant, est désormais bien établi. L'existence du droit administratif n'est pas, comme on l'a soutenu, une conséquence de l'avènement du régime capitaliste et la promotion de l'« Etat de droit », si elle en a confirmé le fondement, ne l'a pas engendré. Ce droit trouve ses origines, embryonnaires sans doute mais déjà conceptualisées, à une époque très ancienne où l'Etat n'était même pas encore conçu comme tel. Il n'a pas cessé depuis d'en accompagner la croissance en en épousant, de période en période, les différents carac-

tères et sa pétition d'autonomie est bien antérieure à notre temps et au célèbre arrêt Blanco. Il est vrai que si l'histoire peut expliquer, elle ne suffit pas à justifier : « La tradition est chose, non idée. »

De l'ordre du « miracle », ne subsistant que par « un prodige sans cesse renouvelé », le droit administratif, dont le critère distinctif demeure discuté, procéderait en réalité de quelques dogmes qui en traduiraient les mystères : l'intérêt général, le service public, la puissance publique. Or, comme on le sait, les dogmes ne sont pas seulement affaire de conviction mais aussi de culte. Il y faut un temple, des docteurs, des ministres. Le droit administratif n'en a pas manqué, ni bien entendu, de querelles proprement théologiques. De là ses apparences quelque peu mystiques, le reproche fait à son clergé de tenir un discours ésotérique dissimulant trop souvent, même au petit nombre de ses initiés, les aspects nouveaux de la révélation, le regret que ses admonestations ne soient pas toujours reçues, avec la contrition qui s'impose, par les pécheurs qui les ont méritées. Ainsi, la répugnance pour le droit administratif est-elle presque toujours teintée de ce qu'il faut bien appeler une sorte d'anticléricisme, comme le montre, chaque fois qu'il devient nécessaire de la réformer, la remise en cause plus ou moins explicite de la juridiction spécialement chargée d'appliquer ce droit et réputée en être la source et le gardien.

Dès lors, le débat se déplace. Supprimer le droit administratif se ramène à supprimer le juge administratif, c'est-à-dire, car l'oubli des bienfaits est dans l'ordre des choses et qu'il ne saurait évidemment être question d'affranchir l'administration des contraintes juridiques auxquelles la jurisprudence de ce juge est patiemment parvenue à l'assujettir, établir une unité de juridiction, partant rétablir une unité du droit dont les mérites semblent d'autant plus grands qu'ils sont pour une bonne part conjecturaux lorsqu'ils ne participent pas d'autres mythes, comme celui, pourtant bien éprouvé, de la vocation naturelle de l'autorité judiciaire à protéger les libertés.

Ce serait en tout cas se débarrasser du même coup, d'abord d'un partage des compétences d'une sophistication byzantine que l'on condamne à partir d'hypothèses assurément absurdes sans trop s'interroger sur le nombre et la portée des autres, ni sur le rôle qu'y joue l'autorité judiciaire (63 renvois sur 103 en un quart de siècle) ; ensuite, de règles de procédure, destinées au demeurant à rétablir une égalité rompue par la qualité naturelle des parties et dont le sursis à exécution a récemment rappelé la vocation, comme si certaines de ces règles n'avaient pas été transposées dans une conception désormais syncrétique de l'office du juge ; encore, d'une confu-

sion entre fonctions consultatives et juridictionnelles qui ne pourrait qu'être suspecte, encore que les premières, malheureusement de plus en plus astreintes à la précipitation, ne s'exercent pas au profit exclusif du droit administratif et qu'il soit bien connu qu'en ce domaine la main droite ne se croit pas tenue par la main gauche ; enfin, de ce que dernièrement encore on a dénoncé comme « la « mauvaise foi de l'Etat », celui-ci étant sans doute, de tous les plaideurs, le seul à n'être pas de bonne foi et son juge ayant l'obligation de n'être pas ménager de deniers qui sont cependant ceux des contribuables au profit moins toujours des victimes que de leurs assureurs.

En forçant à peine le trait, on s'aperçoit que, même dépouillé des *a priori* idéologiques ou philosophiques qui, de surcroît, lui sont plus ou moins sous-jacents, le problème est posé en termes manichéens qui visent à dissimuler ce qu'il n'a jamais cessé de comporter comme ambiguïtés et comme équivoques. De là vient qu'il puisse être périodiquement reposé comme une sorte d'exercice intellectuel dont le seul intérêt tient en définitive à ce qu'il ne peut pas être résolu. Mais le droit administratif existe puisque chacun de nous l'a rencontré. Il est donc de toute manière indispensable de se demander ce qu'il est.

II. — A en considérer l'image qu'en donne sa conception académique, on ne peut manquer d'être frappé par ce qui apparaît comme une sorte d'universalité regroupant tous les types habituels de règles juridiques distinguées par leur objet mais dont le trait commun est de se rapporter à un même sujet : l'administration. Même si cette conception résulte pour partie de ces facteurs contingents que sont les contraintes pédagogiques, elle n'en comporte pas moins un premier enseignement qui tient à l'impossibilité, jamais vraiment surmontée, de trouver de l'administration une définition juridique sélective pleinement satisfaisante. S'il faut toujours en revenir à l'acception vulgaire du mot, c'est que celui-ci est conforme à la nature des choses qui fait de l'administration une sorte de lieu géométrique de tous les procédés structurels, décisionnels et matériels par lesquels se concrétisent les activités reconnues publiques.

La diversité des règles qui le composent n'en suggère pas moins que l'on puisse opérer au sein du droit administratif certaines distinctions et notamment celle proposée naguère entre « droit constitutionnel administratif » et « droit administratif relationnel », qui tire son intérêt de ce qu'elle se calque sur la dualité des fonctions fondamentales du droit, la fonction organisatrice et la fonction régulatrice.

Cette distinction devrait permettre d'exclure du débat sur sa suppression cette partie du droit administratif dénommée organisation administrative et dont l'incorporation pédagogique à cette discipline contribue à dissimuler, au détriment de la perception de son importance réelle, la véritable nature qui est constitutionnelle. Cette qualification n'est ni une simple question de mot, ni l'expression d'une déférence formelle pour la lettre même des constitutions. Elle procède fondamentalement d'affinités matérielles qui, engendrant des problèmes homologues, informent des solutions semblables à partir de principes applicables sans discontinuité conceptuelle, quel que soit le niveau des structures concernées. Aussi bien, la place prise dans ce domaine par la jurisprudence constitutionnelle ne ferait que confirmer ce qu'indiquent déjà les ouvrages de droit public des pays réputés n'avoir pas de droit administratif.

On devrait donc admettre facilement que ce qu'il est convenu d'appeler l'organisation administrative est une composante du droit administratif dont il est impossible de méconnaître la spécificité au point d'en envisager sérieusement la suppression et le remplacement par des règles qui n'en seraient pas empreintes. Les temps sont révolus où les collectivités secondaires pouvaient encore, par une sorte de survivance, être considérées comme de simples communautés justiciables en tant que telles du droit commun et de son juge. Et, s'il est vrai que certaines institutions administratives contemporaines empruntent leurs structures moins tant d'ailleurs à ce droit qu'à cette partie de celui-ci qui concède au commerçant ce que l'on voudrait ici refuser à l'administration, avoir son droit et son juge, cet emprunt s'accompagne de modalités qui ne parviennent pas à en dissimuler complètement l'artifice.

Il resterait à se demander, comme ont pu notamment le proposer certains auteurs allemands, si cette partie du droit administratif ne pourrait pas être remplacée par la science administrative. Certes, il n'est pas contestable que la science moderne des organisations puisse contribuer, et contribue en effet, à la détermination des conditions matérielles et humaines d'une bonne administration, même si elle a plutôt tendance à mettre l'accent sur ce qui la rend mauvaise. Là n'est cependant pas la question. Pas plus que pour le droit constitutionnel la science politique, la science administrative n'a vocation à remplacer, fût-ce partiellement le droit administratif pour cette simple raison que ni l'une ni l'autre n'ont d'aptitude à suppléer le droit dans les fonctions qui lui sont propres.

III. — Si l'on admet, et elle est en effet généralement admise, cette première exclusion, la suppression du droit administratif ne vise plus que le droit administratif « relationnel », sous réserve de l'hypothèse, qui resterait à vérifier que cette partie est suffisamment indépendante de l'autre pour en être complètement distinguée.

Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, c'est un domaine où cette question de suppression paraît d'emblée pouvoir être théoriquement posée avec le plus de vraisemblance. Elle peut en effet s'autoriser de cette constatation que les divers rapports juridiques auxquels participe l'administration ne sont pas, de manière générale et systématique, assujettis au droit administratif et à son juge. On devrait même ajouter que le degré d'originalité de ce droit par rapport au droit commun n'est pas aussi considérable que ne l'accréditent et la signification impressionnante du terme exorbitant et une conception abusivement tranchée de la distinction du droit public et du droit privé ; et que, si le juge administratif sauvegarde les apparences formelles de cette autonomie, ses solutions de fond ne la consacrent pas toujours.

De là se peut donc déduire une proposition simple. Puisque l'administration peut être assujettie au droit commun et placée sous la juridiction du juge qui l'applique, qu'il lui arrive même de choisir délibérément ce régime, pourquoi n'en pas généraliser la solution à l'image d'autres systèmes qui, paraît-il, ne s'en porteraient pas plus mal, même s'ils accusent une certaine tendance contemporaine à en revenir ?

L'idée a assurément le mérite d'une simplicité qui ne peut que contribuer à son crédit. Encore ne peut-on pas y adhérer sans avoir pris la précaution de refaire le chemin à l'envers, ce qui est une exigence élémentaire de toute vérification. On risque alors de s'apercevoir que tout n'est pas en réalité aussi simple et que, comme toute unification en quelque sens d'ailleurs qu'elle se produise, celle-ci présenterait les inconvénients de ces conceptions univoques qui sacrifient à ce qu'elles réputent normal ou naturel ces différences qui découlent cependant de la nature des choses et en font la richesse.

Il paraît tout d'abord impossible pour le droit commun de suppléer le droit administratif dans celles de ses règles qui constituent le régime propre des actes administratifs, qu'il s'agisse de leur typologie, de leurs conditions d'édition, de validité et d'exécution, de leurs effets. Ce n'est plus tant qu'il faille encore protéger les corps administratifs d'une ingérence à laquelle les corps judiciaires ne paraissent plus enclins, peut-être parce qu'en définitive c'est le juge administratif qui a procuré aux parlements d'Ancien Régime

la revanche rétrospective de la défaite que leur avait infligée la Révolution. C'est que ce régime, taillé sur mesure avec les retouches que cela suppose, crée un genre que le droit privé ne peut pas absorber pour de multiples raisons à commencer par celles qui tiennent à la qualité de ses sujets, à la nature de leurs pouvoirs juridiques, à la finalité des relations qu'ils entretiennent. S'il arrive cependant au juge judiciaire d'en connaître autrement qu'en interprétant ceux de ces actes qui participent de la nature matérielle de la loi, ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel et, hormis le juge pénal dont la fonction est de droit public, en raison d'une véritable disqualification.

Cette partie du droit administratif étant à son tour exclue d'un éventuel remplacement par le droit commun — ce qui confirme la réserve précédemment énoncée car les « bases constitutionnelles » n'en sauraient être méconnues — il ne reste plus que ces domaines où l'administration peut être soumise à ce droit puisqu'en effet elle l'est déjà assez largement. Mais, sauf intervention du législateur que sa souveraineté autorise à édicter des lois arbitraires au sens que Domat donnait à ce terme pour distinguer ces lois des lois naturelles, on doit bien convenir que cette soumission au droit commun, lors même qu'elle s'explique et se justifie par un premier aspect de la nature des choses, ne peut jamais s'étendre au point d'en ignorer l'autre aspect essentiellement et existentiellement irréductible. Soumise au droit commun ou choisissant de s'y assujettir — ce qui est en soi un privilège sans équivalent dans l'autre sens sans son investiture pour des particuliers — l'administration ne s'identifie pas à ceux-ci. De leur droit, elle peut emprunter les techniques mieux adaptées à l'exécution de certaines des missions qui lui incombent. Sa nature n'en est pas et ne peut pas en être métamorphose. Contenu plus que chassé, son naturel est toujours prêt à reprendre ses droits.

Dans ces domaines gestionnaires, la soumission de l'administration au droit commun n'a pas comme prolongement logique et nécessaire la suppression radicale du droit administratif qui, loin de la parachever, ne ferait en réalité que la priver de sa signification propre. Elle s'analyse comme un simple mode opératoire plus efficace et qui n'est celui du droit « commun » que parce que le commun des sujets de droit ne peut en avoir d'autre. A l'interpréter comme il pourrait l'être, le procédé, car ce n'est pas autre chose, devrait être considéré comme une autre forme de décentralisation, distincte de la décentralisation organique ou institutionnelle. C'est au demeurant ce que confirmerait l'existence d'un phénomène homo-

logue dans les systèmes collectivistes où, par hypothèse, il ne peut guère avoir d'autre sens. On peut regretter que cet aspect des choses n'ait pas été perçu comme tel, car sa conceptualisation aurait sans doute contribué à en révéler ce qui nous paraît être sa vraie nature.

La seule et véritable pierre d'achoppement est finalement la responsabilité et, de fait, c'est le point sensible, ce qui n'est pas vraiment surprenant puisque c'est dans ce domaine que le droit administratif moderne a trouvé sa « pierre angulaire ». Quiconque le cause, un dommage est toujours un dommage et la victime un particulier. Pourquoi dès lors un régime différent conçu et appliqué par un juge spécial ? Cette perception immédiate qui a pour elle la raison et le sentiment ne risque pas moins d'être trompeuse. Ainsi convient-il tout de même de rappeler ces évidences que toute responsabilité est fonction des pouvoirs qui l'engagent et que toute réparation se traduit en termes de prélèvement sur un patrimoine. Or, les pouvoirs dont dispose l'administration et dont elle ne saurait user dans son propre intérêt sont sans commune mesure avec ceux des particuliers quant aux risques qu'ils créent et la réparation ne grèvera pas ce qui serait le « patrimoine » de l'administration mais de simples ressources prélevées sur la richesse commune.

S'il en est bien ainsi, on peut être tenté par le paradoxe. Ce n'est pas parce qu'il se veut, plus d'ailleurs qu'il ne l'est, autonome par rapport au droit commun que le régime de la responsabilité administrative n'est pas satisfaisant mais au contraire parce qu'il ne l'est pas assez. Fondée naguère sur ce qui n'était qu'une pétition de principe, en tant que telle parfaitement discutable, cette autonomie s'est contredite elle-même par le recours plus ou moins artificiel à des concepts qui, empruntés au droit commun, n'en étaient peut être pas transposables. Ainsi, pour s'y limiter, de la « faute » dont il suffit de constater à quelles contorsions intellectuelles elle oblige pour se demander s'il n'eût pas été préférable de tout bonnement s'en passer. A cet égard, le progrès ne serait pas dans la suppression du droit administratif et dans son remplacement par le droit commun, ni dans la substitution du juge de celui-ci au juge de celui-là mais sans doute dans un véritable effort conceptuel pour restituer à la responsabilité de l'administration ce qui en constitue la nature propre.

Ce propos, auquel on pourra certes reprocher son peu de profondeur et de souci des subtilités techniques dans une matière qui en comporte tant, appelle d'autant moins de conclusion qu'il n'a pas cessé d'en formuler une. Si l'on devait cependant conclure dans le genre que l'on a délibérément choisi, on évoquerait la « merveilleuse

histoire de Peter Schlemil » qui perdit son âme pour avoir cru pouvoir vendre son ombre. Car le droit administratif est l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle et ses lumières mais vouloir s'en défaire relève moins du libéralisme que de l'utopie.

RÉSUMÉ. — *La suppression du droit administratif ne résiste pas à un examen de la nature et de la fonction de celui-ci, même si l'administration est déjà soumise pour une large part au droit commun, ce qui ne constitue qu'un procédé insusceptible d'une généralisation qui, lui faisant perdre son véritable sens, se heurterait dans les autres domaines régis par ce droit à des obstacles insurmontables.*