

## Pour une défense du droit administratif issu de la tradition française

Marco Mazzamuto

*Le Droit spécial et le juge spécial  
ont pris le taureau par les cornes*  
Maurice Hauriou, 1929

Sommaire: 1. Introduction. – 2. L'administrativiste face à la mode du droit privé. – 3. Une lacune de la doctrine administrativiste: la dérogation en moins. – 4. Questions secondaires: la répartition des compétences, les zones mixtes et l'application de règles de droit privé. – 5. Le ratio fondamental de la distinction entre droit administratif et droit privé. – 6. La qualité des contraintes découlant de la loi. – 7. La multiplicité des sources écrites. – 8. Les contenus étendus des contraintes découlant des normes écrites. – 8.1. Autonomie des fins *versus* hétéronomie des fins. – 8.2. Compétence. – 8.3. Spécialité des pouvoirs publics versus autonomie contractuelle. – 8.4. Contraintes dans la formation de la volonté administrative. – 9. Une clause générale: le juge prétorien chasseur de l'arbitraire. – 10. Le caractère général du recours en annulation. – 11. L'ampleur du *locus standi*. – 12. Les véritables raisons des détracteurs et le défi du futur.

### 1. *Introduction*

Depuis au moins plus d'un siècle, la doctrine juridique revient périodiquement sur la distinction entre droit public et droit privé. Il s'agit d'un sujet aux multiples facettes, qui implique, entre autres, la relation entre la liberté et l'intervention publique, des questions de classification des différentes branches du droit, et même une réflexion sur les fondements du système juridique.

On peut rappeler, à titre d'exemple, les griefs des civilistes, comme dans le cas de René Savatier, pour qui l'expansion du droit public est perçue comme une atteinte au droit privé, lieu où la liberté est préservée; les matières dont la classi-

fication est incertaine, telles que, par exemple, le droit pénal, la procédure civile, le droit constitutionnel ou le droit de l'UE; ou encore les polémiques de Kelsen ou de Duguit contre la *summa divisio*, qui en réalité se situent à un niveau qui, en tant que tel, ne remet pas en cause la pertinence intrasystémique de la distinction.

Autant de sujets d'un grand intérêt, ainsi que celui des développements historiques de la *summa divisio*, mais l'objectif de cet article est plus limité: apporter une contribution à la défense du droit administratif issu de la tradition française, d'où découle le droit administratif italien<sup>1</sup>. Un objectif limité, certes, mais d'une grande importance, pour au moins deux raisons: parce que, au cours des deux derniers siècles, c'est précisément en référence à l'existence du droit administratif, «la branche la plus importante du droit public»<sup>2</sup>, que les diatribes autour de la *summa divisio* sont consommées, à tel point que dans le langage courant l'opposition entre droit public et droit privé est souvent utilisée comme synonyme explicite ou implicite de l'opposition entre droit administratif et droit privé; et, surtout, parce que le droit administratif issu de la tradition française a permis de construire un ensemble de garanties des citoyens vis-à-vis des pouvoirs publics sans équivalent dans toute l'histoire de la civilisation juridique.

## 2. *L'administrativiste face à la mode du droit privé*

J'appartiens à une génération des administrativistes italiens qui, dans la dernière partie du XXe siècle, a été investie par la mode du droit privé, où a résonné à nouveau, du moins en apparence, l'ancien argument du XIXe siècle selon lequel le droit commun et le juge commun garantiraient mieux le citoyen en lieu et place d'une administration bénéficiant des privilèges du droit public.

Malgré la suggestion, pleine d'esprit géométrique, de cette mode, l'intuition de l'administrativiste m'a fait bien douter de la vulgate. Cela m'a conduit, il y a une quinzaine d'années, à me consacrer à une étude comparant les deux régimes, celui du droit administratif et celui du droit privé, dans la perspective très concrète du juriste positif.

On peut se demander si l'attribution de tel ou tel droit à l'administration est opportune ou même si elle est conforme à la Constitution ou au droit européen. Mais une fois qu'un certain nombre de droits d'administration est admis, il reste toujours à déterminer si, du point de vue des garanties du citoyen, il est

---

<sup>1</sup> M. Mazzamuto, *The Formation of the Italian Administrative Justice System, European Common Principles of Administrative Law, and 'Jurisdictionalisation' of Administrative Justice in the 19th Century*, in G. Della Cananea, S. Mannoni, *Administrative Justice Fin de siècle*, Oxford, 2021, 282 ss.

<sup>2</sup> F. Larnaudé, *Droit comparé et droit public*, in RDP, 1902, 11.

normalement préférable d'appliquer à ces droits le régime de droit administratif ou le régime de droit privé.

Le résultat m'est apparu immédiatement clair en faveur du droit administratif. Il n'a pas été difficile d'identifier des traits généraux et caractéristiques du droit administratif, sur lesquels je reviendrai, au nom d'une meilleure protection du citoyen par rapport aux principes très différents qui sous-tendent le système de droit privé<sup>3</sup>.

Même l'évolution récente du système juridique italien, dans la partie où la mode du droit privé a pu influencer le droit positif, a offert plusieurs exemples en ce sens. En effet, la privatisation, lorsqu'elle est réalisée et dans la mesure où elle est réalisée, a toujours conduit à une réduction des garanties du citoyen, comme dans le cas emblématique de la privatisation de la fonction publique par rapport à la situation préexistante, marquée par la qualification de droit public du rapport et par la compétence exclusive du juge administratif.

### 3. *Une lacune de la doctrine administrativiste: la dérogation en moins*

Pour le juriste positif, la *summa divisio* n'a de réelle importance que si, à côté des exigences purement classificatoires (*huius studii, duae sunt positiones, publicum et privatum*), des conséquences pratiques peuvent être discernées<sup>4</sup>.

À cet égard, on peut dire qu'il existe un consensus large sur le fait que l'administration est souvent soumise à des règles particulières<sup>5</sup>. Mais une telle considération, peut-être suffisante pour justifier l'existence dans le passé d'un droit

<sup>3</sup> M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 161 ss.; Id., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.; Id., *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in G. Grisi, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 283 ss.; Id., *The Formation*, cit., 295 ss.

<sup>4</sup> E. Riezler, *L'oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public*, in *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, III, Paris, 1938, 128: «Une science du droit vraiment ouverte à la réalité devra se demander avant tout si la distinction entre le droit public et le droit privé joue dans les systèmes juridiques existants un rôle qui dépasse le simple besoin de systématisation théorique, c'est-à-dire si elle est génératrice de conséquences pratiques». Récemment, B. Barraud, *Droit public-droit privé: de la summa divisio à la ratio divisio?*, in *Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif*, 2014, 1021 ss.: «l'opposition du droit public et du droit privé ne peut être admise et consacrée par la littérature doctrinale qu'à condition que le droit positif comporte des différences substantielles entre les règles propres à l'un et celles propres à l'autre. Si cette distinction s'avère n'être qu'une séparation conceptuelle, ne reposant sur rien de concret parmi le droit pratiqué, si à des situations publiques et privées sont appliquées de mêmes règles de fond et de procédure, alors elle mérite d'être écartée au profit d'autres analyses plus pragmatiques».

<sup>5</sup> M.J.-B. Auby, *À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif*, in F. Melleray *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, 2004, 10 ss.: «La soumission de l'appareil public à une part de règles différent des règles du droit des relations privées est un invariant culturel». La maxime de Montesquieu donc reste toujours valable, *Esprit des lois*, livre XXVI, chap. xvi: «Il est ridicule de prétendre décider des droits des

administratif anglais, comme l'aurait considéré, par exemple, Rudolf von Gneist, Gaston Jèze ou Federico Cammeo, ne suffirait certainement pas à expliquer la tradition du droit administratif français.

Aussi vaste que puisse être, sur le plan conventionnel de la classification, la notion comparée de droit administratif, il y a un noyau irréductible des théories, de Maurice Hauriou à Santi Romano<sup>6</sup>, qui distinguent les droits nationaux «avec» et «sans» régime administratif, c'est-à-dire la différence qui en tout cas résulte de la densité systématique et de l'autonomie du droit administratif de la tradition française<sup>7</sup>. Ce n'est pas par hasard que c'est seulement à partir du *judicial review* qu'une partie de la doctrine anglaise a commencé à entrevoir le début de la construction d'un «système» de droit public<sup>8</sup>.

Si l'on va au cœur du problème de la distinction entre le droit administratif de la tradition française et le droit privé, il s'agit essentiellement de répondre à la question suivante: tel droit administratif est-il un simple catalogue d'exceptions au droit privé, ou contient-il au contraire un ensemble de principes qui caractérisent son propre régime juridique par rapport aux principes du régime de droit privé, au point de justifier, sur un plan systématique, l'existence d'une branche autonome du droit?

La tradition doctrinale française, du moins dans son orientation dominante, a toujours apporté une réponse résolument positive sur l'existence d'une branche autonome du droit. Le fait que la technicisation du droit administratif soit passée par l'utilisation des instruments de la plus ancienne science privatiste n'a pas été un obstacle, car d'un côté il y a l'instrument, de l'autre le contenu. L'adoption de la «méthode juridique» pour le droit constitutionnel et pour le droit administratif n'a pas empêché «qu'il est possible d'introduire dans le droit public la dogma-

---

royaumes, des nations et de l'univers, parles mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière, pour me servir de l'expression de Cicéron».

<sup>6</sup> S. Romano, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, II, Milano, 433, affirme l'existence d'États «sans régime administratif», où le droit administratif n'a pas «une sphère en soi mais il se confond avec d'autres sphères de l'ordre juridique de l'État et, plus particulièrement, avec le soi-disant droit commun».

<sup>7</sup> A. de Laubadère, J.-C. Vénézia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, I, 12e ed., Paris, 1992, 30: «Si les anglo-saxons prétendent -ou prétendaient- n'avoir pas de droit administratif, cela ne signifie pas qu'il n'y ait point chez eux d'institutions et de régimes juridiques particuliers à l'activité de l'État (expropriation, réquisition, etc.); en ce sens, il n'y a pas de pays où n'existe un droit administratif. Seulement ces règles et institutions sont considérées [...] comme des dérogations à un droit commun applicable en principe à l'État comme aux particuliers», si bien que «la différence entre les deux systèmes n'est pas une simple différence de degré d'autonomie mais une différence de principe».

<sup>8</sup> M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, 440 ss., observe que dans la tradition de common law «no formal system of administrative law could be established», alors que «only after reform to judicial review procedures, and only after the judiciary had made significant progress in developing a more coherent set of public law principles, could the haphazard arrangements of administrative tribunals be streamlined into an ordered system».

tique juridique sans copier servilement le droit privé. Le droit public a lui aussi ses principes ses théories juridiques»<sup>9</sup>.

Déjà dans la première partie du XIX siècle, la nécessité de parvenir à un «système» de droit administratif était clairement apparue. Tel est le cas de Portiez qui, en ce qui concerne les lois administratives, distinctes des lois judiciaires, reconnaissait qu'«elles sont susceptibles de changer fréquemment, et que l'arbitraire peut plus facilement s'y introduire», mais, en même temps, il affirmait que si «on prétend que les matières administratives n'ont pas de principes. C'est une erreur!», au point de proposer, bien avant de Batbie ou Dareste, ou, en Italie, Gioannes Gianquinto, l'adoption de la systématique romaniste: «La législation administrative, comme la législation judiciaire, a pour objet les personnes, les choses et les actions»<sup>10</sup> Ou encore c'est le cas de Bonnin qui, avec une évidente ambition systématique, a envisagé l'adoption d'un Code administratif, suivant l'exemple du code civil napoléonien<sup>11</sup>. Après le légicentisme de ces premiers auteurs et dans la prise de conscience nouvelle du rôle fondamental du Conseil d'État, la suite des travaux d'édification du système est décrite en 1839 par Boulatignier, qui, au-delà d'évoquer les mérites de Macarel («il révéla, pour ainsi dire, au public une nouvelle branche dans la science du droit»), Cormenin et Gerando, affirmait lapidairement: «Le mot Droit, quand il sert à désigner l'ensemble de la législation ou une de ses branches, entraîne nécessairement l'idée de principes réunis en corps de doctrine par la science et traduits en règles obligatoires par la puissance publique. Lorsque l'une de ces conditions manque, il n'y a point droit dans l'acception scientifique du mot. C'est en partant de ces idées que, sous l'ancienne monarchie, il n'y avait pas de droit administratif. [...] Il y avait donc une matière administrative, des administrateurs et des règles d'administration; mais ces règles, pas plus que les services auxquels elles s'appliquaient, ne formaient un système»<sup>12</sup>. Il ne fallait donc pas attendre les apports de la doctrine

<sup>9</sup> F. Larnaude, *Préface*, in P. Laband, *Le droit public de l'Empire Allemand*, Paris, 1900, XII ss.; O. Beaud, *La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques*, in J.-B. Auby, M. Freedland, *The Public Law/Private Law Divide*, Paris, 2006, 34 ss., évoque aussi Hauriou et affirme que Larnaude «représente l'opinion de la plupart des publicistes de son époque». De même, le plus grand Maître du droit public italien, V. E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, 46, qui, tout en invitant à l'utilisation de la tradition romaniste pour techniciser le droit public, observait que «faire du droit public quelque chose où on parle de tout sauf de droit, c'est certes un détournement déplorable; mais construire le droit public de manière à perdre toute sa physionomie particulière qui le distingue du droit privé, est un autre abus pas moins dommageable».

<sup>10</sup> L. Portiez, *Cours de Législation administrative*, Paris, 1808, p. XVI ss. et XXIX.

<sup>11</sup> C.G. Bonnin, *De l'Importance et de la Nécessité d'un Code Administratif*, Paris, 1808.

<sup>12</sup> J. Boulatignier, *De l'Origine, des progrès et de l'enseignement du droit administratif en France*, in *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, 1839, 81 ss.; aussi M. Hauriou, *De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII*, in *Revue générale d'administration*, 1892, 26 ss. L. Aucoc, *Une page de l'histoire du droit administratif: M. Boulatignier*, in *Revue critique de la législation et de jurisprudence*, 1895,

allemande<sup>13</sup> pour représenter, sur le plan méthodologique, l'exigence d'un engagement conceptuel et systématique.

En même temps, on prend de plus en plus conscience du fait que le droit administratif est un moyen de protection des citoyens, de Loqué qui, déjà en 1810, affirmait que la justice administrative reposait sur la nécessité de concilier, selon équité, l'intérêt public et l'intérêt privé<sup>14</sup>. aux conclusions mûres d'Aucoc («Telles sont les bases du recours pour excès de pouvoirs à ses débuts la force des choses, la nécessité de protéger les intérêts privés»<sup>15</sup>), jusqu'à arriver à une pleine affirmation de la supériorité du système de protection mis en place: «les jurisconsultes français ont organisé [...] l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés individuelles. C'est le fameux recours pour excès de pouvoir qui est la plus merveilleuse création des juristes»<sup>16</sup>.

Cela n'est pas surprenant pour au moins deux raisons.

Tout d'abord, la construction prétorienne qui a déterminé le développement du droit administratif est le résultat d'une conception tout à fait libérale<sup>17</sup>, alors que ce serait une erreur de penser que le libéralisme était l'attribut exclusif des détracteurs de la justice administrative à la manière du duc de Broglie. La pensée libérale, dans le but commun de construire l'État de droit, sera domi-

---

extrait, 3: «Dans l'histoire de la formation et du développement du droit administratif par l'enseignement et par la jurisprudence du Conseil d'État, il faut faire une place considérable à M. Boulatignier.

<sup>13</sup> C.F. Gerber, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852. Ce n'est pas un hasard si, quelques années plus tard, R. von Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, III, Erlangen, 1858, 194 ss., soulignait la supériorité de la doctrine française du droit administratif. Encore, O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris, 1903, XIII: «Pour ce qui concerne le droit public moderne, c'est surtout le droit français qui a servi de guide et de modèle».

<sup>14</sup> J.G. Loqué, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère des ses actes*, Paris, 1810, 166. Plus récemment, à l'instar de Loqué, P. Sandevor, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, 307. Il nous semble qu'il ne tient pas compte de la contribution de Loqué à propos de l'avènement de l'idée du droit administratif comme limite juridique pour protéger les administrés, F. Bordeau, *Naissance d'un droit*, in *Nonagesimo anno*, 1999, 532 ss.

<sup>15</sup> L. Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoirs devant le conseil d'État*, Paris, 1878, 20 et 51: «Quand on rapproche les résultats considérables de cette jurisprudence de son point de départ, on éprouve quelque étonnement. Quand on arrive à se rendre compte de l'étendue des garanties qu'elle offre aux citoyens, on ne peut manquer d'éprouver aussi un sentiment de gratitude pour les éminents magistrats, nos devanciers et nos maîtres, qui, avec une persévérance infatigable, et en se transmettant fidèlement la même tradition pendant plus de cinquante ans, ont réalisé cette oeuvre de bien public».

<sup>16</sup> G. Jèze, *Les libertés individuelles*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, 180.

<sup>17</sup> Encore après un siècle et demi, J. Rivero, *Le juge administratif français: un juge qui gouverne?*, in *D.*, 1951, 23: «dans bien des cas, la suprême garantie de la liberté des Français réside aujourd'hui dans l'attachement de leur juge administratif aux principes du libéralisme»; A. Van Lang, *Le point de vue d'une publiciste*, in P. Bonnet, P. Deumier, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Paris, 2010, 33: «figure parmi les conditions favorables à l'avènement du droit administratif moderne au XIXe siècle, le développement de l'idéologie libérale au sein du système administratif»; chez les historiens, G. Bigot, *La distinction du droit public et du droit privé au prisme de la doctrine française du premier XIXe siècle*, in P. Alvazzi del Frate, S. Bloquet, A. Vergine, *La summa divisio droit public/droit privé*, Varenne, 2018, 19: «surtout à compter de 1830, le droit public est entendu comme seul capable de réaliser l'équilibre entre l'individuel et le social. Le droit public revêt ici une dimension a priori libérale».

nante tout au long du XIXe siècle, et le conflit entre les partisans d'une juridiction unique et les partisans de la justice administrative, s'il est débarrassé des superfétations idéologiques, sera plutôt une discussion autour du meilleur moyen d'arriver au but. Et c'est en effet sur le terrain concret des résultats que la justice administrative parviendra définitivement à s'imposer comme le meilleur moyen.

Tout cela ne doit pas être confondu avec un autre critère du libéralisme, à savoir l'étendue de l'intervention publique, de sorte qu'on peut dire que plus l'intervention publique est réduite – sauf un État modeste, pour ne pas tomber dans l'anarchie de l'état de nature –, plus le caractère libéral d'un système s'accroît. Mais, à part, bien sûr, les régimes dictatoriaux ou qui atteignent des niveaux intolérables de limitation de la liberté, une fois fixé un certain degré, plus ou moins étendu, de cette intervention, il reste toujours à déterminer quel régime juridique est préférable du point de vue de la protection des citoyens. Il n'est pas improbable, d'ailleurs, que ce soit précisément une certaine propension à l'interventionnisme de la tradition française, par opposition à la tradition anglaise, qui ait historiquement conduit à la nécessité (libérale) de construire un régime juridique, le droit administratif, avec une fonction incisive de contrepois en faveur du citoyen<sup>18</sup>.

Deuxièmement, il convient d'être plus prudent lorsqu'il s'agit de lier trop strictement le développement du droit administratif à la matrice révolutionnaire. Le développement du droit administratif fut avant tout une réaction libérale au jacobinisme. Et la preuve n'est pas seulement dans les résultats extraordinaires en matière de protection des citoyens, mais déjà dans le fait que, dans un système créé sous la bannière de la primauté de la loi, expression de la nouvelle souveraineté, le plus grand droit prétorien du XIXe siècle a pu surgir, en constituant une branche entière et autonome du droit. Le Conseil d'État napoléonien ne renaît pas des cendres du Conseil du roi comme un simple juge exécuteur des lois, comme ce fut le cas de la créature révolutionnaire de la Cassation<sup>19</sup>, mais comme un juge qui contribue également à l'équilibre des pouvoirs souverains, aussi bien par rapport au pouvoir législatif, et qui peut donc également devenir substantiellement une source de droit<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> L'idée d'un contrepois restera toujours dans les cordes de la doctrine. Il s'agit par exemple du cas de M. Waline, *Droit administratif*, 9e ed., Paris, 1963, 17, pour lequel si le pouvoir de l'administration «n'était contrebalancé par une autre, la France serait un 'Polizeistaat'. Or, c'est inconcevable du pays de la Déclaration des droits de l'homme, très individualiste, sinon autant que les pays anglo-saxons».

<sup>19</sup> Pas par hasard, J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, 1996, 62, affirme encore que «le Conseil d'État n'est pas à l'égalité avec la Cour de cassation: il est au-dessus».

<sup>20</sup> M. Mazzamuto, *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2022, 167 ss.

Quand on arrivera à la grande systématisation de Laferrière, même si certains avaient encore des opinions contraires<sup>21</sup>, il y aura désormais toutes les conditions pour clore le jeu avec le droit privé, comme le montre sans équivoque Hauriou, à la fin du XIXe siècle: c'est précisément par rapport au droit privé qu'il déclare l'autonomie du droit administratif, son émancipation du statut de droit dérogatoire et l'existence de règles propres qui caractérisent son régime juridique<sup>22</sup>.

Le problème est que l'identification d'un critère systématique pour le fondement du droit administratif a été construite exclusivement autour de la répartition des compétences entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative<sup>23</sup>. Cela a conduit à mettre l'accent sur le droit de privilège en tant que caractéristique distinctive du droit administratif (exorbitance) par opposition au caractère égalitaire des relations de droit privé, en commençant déjà par la distinction entre acte d'autorité et acte de gestion. Mais il a été négligé que, en réalité, c'est sur la base du degré différent de protection du citoyen que l'on pouvait trouver le critère le plus fructueux et le plus stable de distinction par rapport au système de droit privé.

S'il est possible de retrouver à cet égard, ici et là, quelques moments ponctuels de comparaison, il reste surprenant que la doctrine n'ait pas éprouvé le

---

<sup>21</sup> A. Gautier, *Cours de droit administratif*, Paris, 1880, 3-4 et 214: «si l'existence d'un droit régissant les rapports entre l'administration et les particuliers est un bien inestimable, je ne saurais en dire autant de la spécialisation de ce droit» et «si l'existence d'un droit administratif est un progrès, sa simplification, son rapprochement avec le droit commun, est une continuation de ce même progrès»; et encore, contre le juge spécial, «les principes du droit administratif sont au fond les mêmes principes de justice qui dominent notre législation civile». Dans la doctrine italienne dite préorlandienne, L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 6e ed., Torino, 1909, 9, affirme que les relations de droit public ne sont rien d'autre que des «applications de la grande idée juridique, du droit commun, et ne diffèrent pas dans le fond du droit civil, au contraire ils font partie du droit civil correctement et largement entendu, ni se distinguent par leurs fondements, mais dans leur application, dans la spécialité des contingences matérielles et à l'occasion où cette application se fait, sauf une petite partie de règles exceptionnelles qui résolvent des cas de conflit réel en grâce de la personne publique et qui peuvent être dites, dans un certain sens relatif, constituer le jus singolare ou statutaire de l'administration». Dans la doctrine allemande, P. Laband, à propos de O. Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886, in *AöR*, 1887, 155, soutient que le droit administratif n'est pas un type spécifique de droit et que considérer le droit administratif comme un genre particulier de normes juridiques en opposition conceptuelle au droit privé est le plus grand obstacle à une dogmatique satisfaisante du droit administratif.

<sup>22</sup> M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4e ed., Paris, 1900, 221: «l'autonomie du droit administratif doit être envisagée par rapport au droit civil [...] le droit administratif se comporte en fait comme un droit autonome [...] non seulement le droit administratif est indépendant du droit civil, ma il n'est pas par rapport à celui-ci un droit d'exception»; et encore que «ses règles de droit lui sont propres et en des matières voisines sont très différentes de celles du droit civil», comme dans la théorie de la responsabilité ou de la fonction publique. Plus récemment F.-P. Benoit, *Le droit administratif français*, Paris, 1968, 61 ss. Également dans la doctrine italienne, déjà G. Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892, 61, ou S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato*, cit., 215, dans la perspective du programme de Orlando de faire du droit administratif un «ensemble de principes juridiques systématiquement coordonnés».

<sup>23</sup> C. Jamin, F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue (s) sur un modèle doctrinal*, Paris, 2018, 59, où Melleray affirme que «la question de la recherche d'un critère du droit administratif» est «largement confondue avec celle d'un critère de compétence du juge administratif».

besoin d'élaborer de façon systématique une comparaison analytique et complète des deux régimes juridiques du point de vue de la protection des citoyens.

Une première bonne occasion aurait pu se présenter dans la deuxième attaque des détracteurs de la justice administrative au milieu des années soixante du XIXe siècle. Les défenseurs (Dareste, Aucoc, Ducroq) utilisent un nouvel argument concernant la liberté des individus: ces défenseurs «ont à cœur de soutenir que, loin de la bouffer, les juridictions administratives la protègent autrement mieux que ne le feraient les tribunaux judiciaires»<sup>24</sup>.

Une bonne occasion aurait également pu se présenter au début du XXe siècle, lorsque la doctrine s'est employée à démontrer les mérites du système français face aux critiques venues d'outre-Manche. Pour se défendre contre l'accusation d'autoritarisme, c'est précisément le contenu de la protection des citoyens qui caractérise le droit administratif qui a été déterminant<sup>25</sup>, jusqu'à affirmer la primauté du système français. Particulièrement vive est la réaction de Maurice Hauriou: «le régime administratif, avec son principe du Droit spécial et du juge spécial pour la puissance publique, est arrivé à des résultats très supérieurs», grâce à «une riche floraison de garanties», comme le recours en annulation, le recours de pleine juridiction ou les responsabilités pécuniaires de l'administration, tandis que le système anglais «aboutit à de nombreux dénis de justice; de nombreux agissements dommageables de la Puissance publique restent sans réparations, soit parce que le juge n'ose pas en déclarer responsable le fonctionnaire, soit parce que celui-ci, même condamné, serait incapable de payer la lourde indemnité qui constituerait l'exacte compensation du préjudice». Et il est intéressant de noter, pour notre propos, que, dans cette comparaison, Hauriou affirme aussi que «le système anglais consiste à traiter la puissance publique de l'État comme si elle n'était qu'une activité privée»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> F. Burdeau, *La crise du principe de dualité des juridictions*, in *RFDA*, 1990, 729 ss.

<sup>25</sup> Par exemple l'importante contribution traduit en anglais de L. Duguit, *The French Administrative Courts*, in *Political Science Quarterly*, 1914, 385 ss., qui répond au scepticisme anglais en observant, entre autres, que «the individual enjoys, in France, a high degree of protection against illegal, improper or imprudent acts of the administration» et que «the Council of State has constructed the marvellous doctrine of the misapplication of power [...] misapplication of power (détournement de pouvoir) serves to round out, in a very happy fashion, the protection of the individual against arbitrary administrative action».

<sup>26</sup> M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e ed, Paris, 1929, 225 ss. et 725 ss. Même dans la doctrine italienne, F. Cammeo, *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, 285, bien que dans la perspective différente, à l'instar de Jèze, qu'il existe un droit administratif anglais et américain, affirme, d'une part, que «en France le contentieux administratif persiste plutôt pour l'idée que la matière exige des juges spéciaux dans l'intérêt même des citoyens et aujourd'hui il fonctionne avec une telle largeur et équité qu'on exclut tout caractère de juridiction privilégiée», d'autre part, que «la garantie de la responsabilité directe de l'État est plus forte que celle anglo-saxonne du fonctionnaire, de sorte que ce n'est pas le droit administratif continental européen qui est privilégié, mais bien celui anglais et américain qui est très privilégié» (privilegiatissimo). Et, bien avant l'avènement du *judicial review*, une partie de la doctrine anglaise de l'époque partageait cette supériorité. Voir S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 53, qui cite une lettre de Laski à Holmes du 28 novembre 1917 avec le contenu suivant: «I'm convinced that the french system of adminis-

La même méthode aurait pu être reproduite dans la confrontation interne avec le droit privé, mais cela n'a jamais été le cas.

Il n'est pas non plus utile que, lorsque les défenseurs du droit administratif veulent mettre en évidence des différences, le discours semble pour la plupart tomber dans un cadre restreint, comme dans le cas de la responsabilité ou des contrats, au lieu de faire systématiquement face à la distinction sur le terrain du régime général de l'acte de droit public et celui de l'acte de droit privé.

J'ai cherché sans succès pendant des années, surtout dans la doctrine entre le XIXe et la première moitié du XXe siècle, et il me semblait impossible qu'il y ait une telle lacune non seulement dans la doctrine administrative européenne, mais aussi dans la française, c'est-à-dire dans la tradition fondatrice du droit administratif, d'autant plus qu'il était en opposition au droit privé que l'on déclarait avoir atteint l'autonomie du droit administratif. Ce n'est que récemment que j'ai enfin trouvé la preuve irréfutable de cette lacune grâce à la doctrine de la seconde moitié du XXe siècle.

En 1953 Jean Rivero, observe, en premier lieu, que «un problème pratique a été à l'origine de toutes [...] recherches» de la doctrine, c'est-à-dire «la délimitation des compétences administratives et judiciaires», et que, au moment de donner «un motif juridique» à ce partage, «on le trouva dans l'idée d'un droit administratif autonome, appelant dès lors l'intervention d'un juge spécialisé: critère de la compétence administrative, autonomie du droit administratif, systématisation du droit administratif autour d'un principe unique, historiquement, dès le moment où apparaît la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, voici plus d'un siècle, c'est tout un». En second lieu, discutant de la difficulté de trouver «le critère du droit administratif», il affirme que dans la différenciation du droit privé, il n'y a pas seulement les prérogatives de la puissance publique (l'inégalité), mais aussi «toute une série de règles», où «l'administration apparaît, tout à l'opposé, infiniment moins libre, dans l'exercice de sa volonté, que les particuliers»: dérogation «en plus» et dérogation «en moins». Ainsi, il y a «deux limitations communes à l'ensemble des actes»: le pouvoir discrétionnaire «là même où il demeure entier, n'est pas assimilable à la liberté du particulier»; «Le particulier

---

trative law is to-day infinitely superior in its results so far as the liberty of the subject goes than Dicey's rule of law». Même dans la doctrine américaine, J. Garner, *French Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, 1934, 625: «In the beginning, its chief purpose was to protect the administration against interference on the part of the judicial magistrates, but in the course of its development it has become a system of law whose principal object is to protect private individuals against the arbitrary and illegal conduct of the administrative authorities and to insure reparation to those who have suffered injuries on account of the faults of those authorities. The degree of protection which it provides and the certainty of reparation which it assures are distinctly greater than that which is afforded by the law of any other country. It is to the council of state that this situation is mainly due. For a long time the judicial courts were considered to be the guardians of private rights, but this role has largely passed to the council of state».

est libre dans le choix des buts qu'il va poursuivre», alors que l'administration «ne peut vouloir légalement que les fins positives à elle assignées». Et encore, «lorsqu'on parcourt l'ensemble des chapitres du droit administratif, on les découvre innombrables»: si «la libre choix di cocontractant est la règle du contrat privé; est-il nécessaire de rappeler que l'administration, par la procédure, typiquement administrative, de l'adjudication, se voit dépouillée de cette liberté?» et de même «lorsqu'il s'agit de choisir ses agents», ou en ce qui concerne les «deux visages» du «droit de la domanialité publique», etc.

Rivero nous donne deux indications fondamentales.

Celle de la dérogation «en moins» est «une matière moins explorée et moins systématisée que la précédente», celle de la dérogation en plus. Voici, pour le passé, la preuve irréfutable de la lacune.

Dans le même temps, Rivero, pour l'avenir, nous dit, toujours à propos de la dérogation en moins, que «on pourrait prolonger la recherche» et que «les exemples qu'ont a relevés plus haut permettent de penser que l'exploration en peut être féconde»<sup>27</sup>.

Malheureusement, la doctrine française ne semble pas avoir répondu à son invitation. Il ne manque pas, ici et là, quelques rappels génériques ou limités à la dérogation en moins<sup>28</sup>, mais pas plus que cela.

Une approche parallèle peut être vue dans la contribution de Benoit. Non seulement au moment où il affirme que le droit administratif est davantage un droit de soumission qu'un droit de privilège<sup>29</sup>, indication qui toutefois se situe

<sup>27</sup> J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *RDP*, 1953, 279 ss.

<sup>28</sup> J. Chevallier, *Le droit administratif, droit de privilège?*, in *Pouvoirs*, 1988, n. 46, 57 ss., même en évoquant Rivero, propose que «la substitution du critère du service public à celui de la puissance publique exprime bien alors cette volonté de *refondation* du droit administratif sur les obligations incombant à l'administration», mais il s'agit d'une perspective limitée, parce que c'est l'unilatéralité qui continue de dominer le discours et c'est seulement de l'atténuation de l'unilatéralité en train de s'imposer, notamment avec l'avènement de nouveaux droits, dont on parle, sans offrir un cadre complet et traditionnel des garanties; G. Vedel, P. Devolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, 1991, 23: «contrairement à ce que l'on pourrait croire, lorsque l'autonomie» du droit administratif «est réelle et caractérisée, cela n'est pas nécessairement au profit de l'administration et au détriment des administrés ; par exemple, sur certains points, le droit administratif de la responsabilité sans faute ou des contrats conduit à des solutions plus favorables pour les particuliers que celles qu'aurait entraînées l'application du droit civil»; C. Debbasch, *Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?*, in *Mélanges René Chapus*, Paris, 1992, 128: «Le droit administratif a été trop longtemps enfermé dans une idéologie inégalitaire. [...] L'inégalité est la source de dérogations au droit commun et même si selon l'heureuse formule de Jean Rivero il existe des dérogations 'en moins' les dérogations 'en plus' inspirent la mentalité dominante de l'administration française».

<sup>29</sup> F.-P. Benoit, *Les fondements de la justice administrative*, in *Mélanges Waline*, II, Paris, 1974, 289: «Historiquement, en effet, le droit administratif s'est développé comme un droit de soumission, et non comme un droit de privilèges. Le seigneur, puis le Roi, disposait d'un pouvoir total, délimité par la seule force. Tous les efforts des juristes ont tendu à scinder ce pouvoir global en des compétences séparées et définies, délimitées par le droit, contrôlées par des juges. C'est de cet effort qu'est né le droit administratif moderne». À l'instar de Benoit, Van Lang, *op. cit.*, 33: «Il faut donc renoncer à cet a priori péjoratif selon lequel la principale raison d'être du droit administratif serait de conférer des privilèges à l'administration».

encore trop à la racine, en mettant en évidence la création de la contrainte juridique tout court à l'égard d'un pouvoir public délimité par la seule force, mais surtout au moment où il soutient aussi bien que la «technique juridique d'action propre aux organes administratifs [...] est différente de la technique dont disposent les particuliers pour leurs rapports entre eux» et que les pouvoirs de l'Administration «ont pour contre-partie des obligations très lourdes qui pèsent sur elle au profit des particuliers»<sup>30</sup>.

Mais enfin, il n'y a pas de trace d'une plus grande exploration et d'une plus grande systématisation souhaitée par Rivero.

Une contribution de Jean-Bernard Auby de 2006 est significative à cet égard. Cinquante ans se sont écoulés depuis les indications de Rivero. Auby nous parle d'un «article célèbre», d'un «point capital» à propos de la dérogation en moins, mais il n'a besoin de ne citer aucune autre doctrine qui aurait en hypothèse développé la voie de Rivero, et conclut trop vite, de manière laconique et ne reprenant que partiellement les exemples de Rivero, que «même cette analyse intéressante n'apporte qu'un éclairage limité», confirmant ainsi, de son point de vue, que sur la «question de savoir si, prises dans leur ensemble, les règles de droit public [...] ont des caractéristiques générales de fond, qui peuvent être regroupées sous une formule simple les caractérisant synthétiquement [...] la réponse est plutôt négative»<sup>31</sup>.

Les dérogations en moins de Rivero, sujet jamais vraiment approfondi, ne semblent donc pas constituer un obstacle à toute une orientation, pour laquelle, se tenant encore à l'opinion d'Auby, «aucun système théorique ou de droit positif ne fournit de clef tout à fait convaincante d'explication du particularisme» et la distinction «a un contenu substantiel toujours assez incertain. Le droit français en porte témoignage: on sait bien que les règles spéciales du droit administratif ne sont souvent pas bien différentes, dans leur contenu, de leurs équivalents dans le droit privé, on sait aussi combien il est difficile, qu'il est sans doute même impossible, d'en caractériser l'orientation de manière générale»<sup>32</sup>.

En bref: «L'idée commune aux thèses négatrices de la distinction est donc simple: l'opposition du droit public et du droit privé n'a guère de signification parce qu'il n'existe pas de différence essentielle, c'est à dire pas de différence de fond entre les deux droits»<sup>33</sup>.

On croit rêver que de telles considérations puissent être tirées de la doctrine française.

<sup>30</sup> Benoit, *Le droit administratif français*, cit., 56.

<sup>31</sup> J.-B. Auby, *Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français*, in Auby, Freedland, *op. cit.*, 18.

<sup>32</sup> Auby, *A propos de la notion d'exorbitance*, cit., 17 ss.

<sup>33</sup> M. Troper, *L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique*, in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, 1994, 187.

Les affirmations des détracteurs sont, à bien y regarder, très génériques et contrastent avec l'expérience concrète de ceux qui travaillent dans le monde pratique des systèmes juridiques de dérivation française. À part peut-être ceux qui se nourrissent de discours doctrinaux abstraits et n'ont pas d'expérience du *forum*, personne ne peut nier la différence entre contester un acte de droit public devant le juge administratif et un acte de droit privé devant le juge civil.

Face à cette vive réalité positive, on pourrait dire que la charge de la preuve retomberait plutôt sur les détracteurs, qui ne l'ont jamais satisfait, en n'allant pas au-delà d'indications purement suggestives<sup>34</sup>. D'autre part, les batailles d'arrière-garde de ceux qui défendent le droit administratif, mais en admettant de le déclasser à une version édulcorée, ne peuvent être considérées comme suffisantes à cet égard. Les tentatives de reconstruction du droit administratif européen n'ont pas été non plus déterminantes, même si elles semblent pour l'essentiel destinées à souligner les aspects de protection des particuliers, ne conduisant pas à une reconstruction systématique et complète du régime de droit public ou à une comparaison avec le droit privé, mais seulement à mettre en évidence les profils, même si ce sont des principes importants, qui trouvent leur écho dans le droit européen<sup>35</sup>.

Dans tous les cas, je suis d'avis que ces «caractéristiques générales de fond» existent bien et sont représentables, notamment à partir des dérogations en moins de Rivero, ce qui permet d'affirmer pleinement l'existence du droit administratif comme une branche autonome du droit par rapport au droit privé. La faiblesse des défenseurs du droit administratif réside précisément dans le fait de ne pas avoir développé l'indication de Rivero et d'avoir laissé aux détracteurs du droit administratif toute la place pour leurs thèses insoutenables.

Il est entendu que lorsque j'utilise le mot «dérogations» et non le mot correct «différences», ce ne sera que pour faciliter la compréhension des raisonnements et pour rendre hommage à Rivero, sans vouloir en aucune façon par là parler du droit administratif comme d'un droit dérogatoire<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Bonnet, Deumier, *Avant-propos*, in *De l'intérêt de la summa divisio*, cit., affirment: «Cette question est souvent évoquée mais elle n'a finalement jamais donné lieu aux approfondissements nécessaires à l'éventuel dépassement de la distinction».

<sup>35</sup> J. Schwartze, *Droit administratif européen*, 2e ed., Bruxelles, 2009.

<sup>36</sup> Debbasch, *op. cit.*, 127: «Chacun s'accorde aujourd'hui à reconnaître qu'on ne peut parler de droit administratif comme d'un droit dérogatoire au droit commun que par un commodité de langage. Le droit privé n'est pas plus un droit commun que le droit administratif».

#### 4. *Questions secondaires: la répartition des compétences, les zones mixtes et l'application de règles de droit privé*

S'il est vrai que, comme nous tenterons de le démontrer *infra*, que le droit administratif a ses propres principes, une série de questions auxquelles on accorde normalement et à tort une grande importance deviennent tout à fait secondaires, au moins à propos de la querelle sur l'existence de cette branche autonome du droit.

D'abord, il s'agit de la répartition des compétences entre juge administratif et juge civil.

Le dualisme juridictionnel sans que cela ne corresponde à une conséquence systématique sur le plan du régime juridique resterait sans raison<sup>37</sup>: le juge administratif existe et il est logique qu'il continue d'exister en tant que *ratione materiae* juge du droit administratif<sup>38</sup>, de même qu'il serait peu sensé d'imaginer un seul juge appliquant les deux droits<sup>39</sup>, car s'il s'agissait du juge civil, celui-ci serait amené à appliquer les différents principes de son propre système<sup>40</sup>. En effet, l'idée d'un juge Janus bicéphale est très abstraite, pour la simple raison que les principes des deux régimes juridiques ont des aspects essentiels qui sont antithétiques. Par exemple, comment un juge civil pourra-t-il avoir la sensibilité nécessaire pour contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration alors qu'il est habitué à ne pas mettre son nez dans la liberté de l'autonomie privée?

Ce qui est important c'est donc qu'il existe un régime distinct de droit administratif, sans devoir se soucier, par rapport à cette identité, que la frontière du champ d'application, qui passe par les choix de répartition des compétences, puisse être incertaine ou qu'elle puisse subir des changements dans l'une ou l'autre direction.

<sup>37</sup> R. Chapus, *Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique*, in *RFDA*, 1990, 739 ss: le droit révolutionnaire «ne peut légitimer pleinement la dualité juridictionnelle que si la spécialité des litiges se prolonge par celle du droit applicable à leur résolution», c'est-à-dire «le lien entre acte administratif et compétence administrative, la relation unissant dualité juridictionnelle et dualisme juridique».

<sup>38</sup> J. Rivero, *Le juge administratif gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*, in *Mélanges Waline*, cit., 713: «Bien plus que la mythologie de la séparation des pouvoirs, c'est l'idée que deux droits, différents par leurs règles, leurs techniques, leur esprit, seront mieux appliqués par deux ordres de juridictions dont chacun se consacre à l'un de ces droits qui donne aujourd'hui sa justification à la dualité des juridictions».

<sup>39</sup> D. Truchet, *Plaidoyer pour une cause perdue: la fin du dualisme juridictionnel*, in A. Van Lang, *Le dualisme juridictionnel: limites et mérites*, Paris, 2007, 205.

<sup>40</sup> Waline, *op. cit.*, 33: «on peut dire tout de même que les tribunaux judiciaires n'auraient sans doute pas appliqué au jugement des procès intéressant l'administration, des règles sensiblement différentes de celles qu'ils appliquent au jugement des procès civils»; Debbasch, *op. cit.*, 131: «L'existence de la juridiction administrative est à juste titre regardée comme la source essentielle de la spécificité du droit administratif. A cet égard, tout mouvement de transfert des compétences de l'ordre juridictionnel administratif vers l'ordre judiciaire entraîne, sauf exception une soumission de l'administration aux règles du droit privé».

Il n'est pas du tout difficile de reconnaître que la répartition de la compétence ne possède pas un critère sûr et qu'il n'existe pas de préconception dogmatique de la nature de droit public ou de droit privé d'un acte ou d'une relation juridique. La notion même d'acte de puissance ou d'acte administratif unilatéral est discutable, car à la limite tout droit qui prévaut sur un droit concurrent peut se présenter comme un pouvoir unilatéral. Tout au plus, on peut dire que l'administration a des droits qui, comme c'est inévitable, ne font pas normalement partie des droits des particuliers: si l'on veut une exorbitance ou plutôt une différence sur le plan du contenu des droits, non de leur structure. D'autre part, on ne pourrait pas non plus imaginer un ordre juridique dans lequel il n'y aurait pas de droits publics autres que les droits des particuliers: au moins le droit de résoudre les litiges *ne cives ad arma veniant*, ou encore, dans l'État moderne, le droit de promulguer des lois, ainsi que les droits du pouvoir exécutif et de l'administration publique<sup>41</sup>.

D'un point de vue logique, c'est de la qualification que dérive le régime juridique, mais, sur le plan pratique, c'est le contraire: la qualification résulte du choix, de la jurisprudence ou plus rarement du législateur, du régime juridique qu'on préfère appliquer à une situation<sup>42</sup>. Les différents critères de répartition des compétences, utilisés formellement, mais jamais résistants à une analyse doctrinale rigoureuse, apparaissent plutôt comme des justifications de complaisance tout en étant nécessaires pour légitimer la décision juridique. On ne peut probablement pas aller au-delà de l'affirmation que l'application du droit administratif présuppose la présence d'un sujet public ou d'une entité en quelque sorte liée au contrôle public, à une investiture publique ou à la dépense de deniers publics. Pour le reste, en ce qui concerne la nature des actes ou des rapports, la sécurité juridique ne découle que de la consolidation des décisions sur la répartition des compétences<sup>43</sup>.

Au plus, on pourrait souligner que pour qu'une discipline juridique spécifique puisse s'ériger en branche autonome du droit, il faut que celle-ci ait aussi un champ d'application appréciable. Mais cela n'a jamais été un problème pour le droit administratif. Tout au contraire, si nous allons à l'origine, le point de départ est le Décret du 2 septembre 1795 (16 fructidor an III): «Défenses itéra-

<sup>41</sup> Comme l'affirme bien Benoit, *Les fondements*, cit., 289: «qu'est-ce qu'une administration sans compétences, sans pouvoirs? Un rien» et ses pouvoirs ne sont donc pas des privilèges, mais «la condition même de son existence».

<sup>42</sup> Waline, *op. cit.*, 35: «théoriquement, on choisit la compétence, et le changement des règles de fond qui seront appliquées s'ensuit; mais en réalité, on choisit, au contraire, les règles de fond qu'on veut voir appliquer au procès, et la compétence s'ensuit»; Laubadère, *op. cit.*, 47: «Il arrivera que le juge en affirme la présence qu'il estime opportun de placer l'acte en cause sous le régime administratif; c'est alors de la soumission au droit administratif que sera déduit la nature de l'acte, alors qu'en bonne logique la nature de l'acte commande le régime applicable».

<sup>43</sup> Dans la doctrine autrichienne on finit aussi par se référer à la tradition: A. Jakab, L. Kirchmair, *Tradition und Analogie in der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht am Beispiel der österreichischen Rechtsordnung*, in *MPIL research paper series*, 2019, 11.

tives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, *de quelque espèce qu'ils soient*, aux peines de droit». C'est seulement sous l'influence de Merlin et de Lochré que seront bientôt récupérés des espaces pour la juridiction des tribunaux, par le germe de ce qui sera la distinction entre actes de puissance et actes de gestion<sup>44</sup>.

Pour conclure ce point, comme cela a été bien affirmé, «le plus important de notre point de vue, ne réside pas dans les déplacement de la ligne de frontière, mais dans ce qui fonde l'identité d'une discipline juridique: les notions fondamentales et principes généraux qui lui sont propres, qui lui confèrent son originalité. C'est l'affaiblissement de ces piliers qui peut représenter une menace réelle pour le droit administratif»<sup>45</sup>.

En second lieu, il faut considérer les lignes de contact qui se trouvent inévitablement toujours entre les différentes branches du droit du fait de leur appartenance à un même et unitaire système juridique.

Je tiens immédiatement à observer à ce propos que les critiques qui soulignent que la distinction entre droit public et droit privé n'est pas «absolue», mais a un caractère historique et relatif, me semblent tout à fait stérile. Qu'est-ce que cela révèle? On pourrait dire l'œuf de Colomb. Cette prétendue distinction absolue, au-delà de quelques rares exagérations doctrinales, n'a jamais existé dans une science pratique comme le droit. Il s'agit en réalité d'un argument qui ne nous dit rien de la raison pour laquelle le phénomène historique et positif de la distinction entre droit administratif et droit privé devrait s'évaporer.

On peut commencer par un sujet à la mode, celui de l'imbrication entre les deux droits<sup>46</sup>, jusqu'à concevoir une sorte de nouveau droit commun<sup>47</sup>.

L'existence de zones mixtes n'est pas une nouveauté dans l'histoire du droit administratif<sup>48</sup>. On peut tout au plus affirmer que la tendance à la privatisation

<sup>44</sup> L. Duguît, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, 145 ss.; M. Mazzamuto, *Giandomenico Romagnosi inventore del diritto amministrativo?*, in *Diritto e società*, 2016, 720 ss.

<sup>45</sup> Van Lang, *op. cit.*, 34.

<sup>46</sup> C. Eisenmann, *Droit public, droit privé*, in *RDV*, 1952, 978: «On peut dire, si l'on veut, qu'il y a eu là un phénomène de 'compénétration' des deux droits. Ces deux droits que l'on avait tendance jusqu'à il y a peu, à considérer comme deux systèmes séparés en ce sens qu'on se le représentait comme régissant des relations différentes par des règles différentes [...] ils se sont considérablement rapprochés», concluant que la distinction entre droit public et droit privé est «d'une portée extrêmement modeste».

<sup>47</sup> M. Rebollo Puig, *Monisme ou dualisme du droit de l'administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative*, in *La Revue administrative*, 2000, 33: «on affirme actuellement de toutes parts qu'il est impossible de distinguer clairement le droit public du droit privé, que la distinction est devenue relative, que ces deux disciplines se rapprochent peu à peu et de plus en plus [...] À tel point que l'on a même parlé de la création d'un nouveau type de droit commun», évoquant à ce dernier égard J.A. Santamaria Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 1988, I, 59.

<sup>48</sup> J. Morrelet, *L'interpénétration du droit public et du droit privé*, in *Introduction à l'étude du droit comparé*, cit., 137 ss., en ce qui concerne notamment la classification des matières: «On peut dire que c'est un ensemble de matières dont certaines sont du domaine du droit public, certaines du domaine du droit privé, cer-

a élargi ces zones au cours des dernières décennies. Il s'agit cependant d'un argument des détracteurs du droit administratif qui est contradictoire, aussi bien que générique et incomplet.

Un argument contradictoire, ce qui est déjà suffisant pour l'invalider en racine: si on parle d'imbrication, cela veut dire qu'il existe des identités distinctes de ce que devient l'objet d'imbrication; s'il n'y a pas de différences, on ne comprend pas la raison de cette propagande obstinée contre le droit administratif.

Un argument générique et incomplet, car on n'utilise que des exemples limités ou suggestifs sans se charger, d'une part, d'une analyse technique rigoureuse et, d'autre part, d'une analyse de l'ensemble du système, échappant ainsi à une objection insurmontable de Rivero, c'est-à-dire qu'avec l'argument de «l'imbrication inextricable, dans la vie juridique contemporaine, du droit public et du droit privé [...] on perde de vue que, dans la grande majorité des espèces, chaque juridiction applique le droit qui correspond à sa vocation propre. Le grossissement des situation exceptionnelles -les plus excitant pour l'esprit- est une tentation permanente de l'analyse juridique. Que le juge administratif soit parfois amené à appliquer le droit privé, c'est un donnée qui ne suffit à mettre an échec l'affirmation qui fait du droit public, sa sphère d'action normale»<sup>49</sup>.

L'apparence descriptive de cet argument de l'imbrication cache, à bien y regarder, une technique subtile par laquelle les détracteurs veulent détruire le droit administratif, en laissant entendre de manière trompeuse qu'il est devenu *in toto* une salade mixte, un organisme désormais dépourvu d'identité et prêt à se fondre dans un droit commun, qui plus qu'un imaginaire nouveau droit fruit de l'imbrication, continue en réalité à correspondre au système du droit privé<sup>50</sup>.

La sœur cadette de la précédente est la question d'une éventuelle application par le juge administratif d'une règle ou principe de droit privé dans une relation

---

taines enfin du domaine de l'une et l'autre branches du droit». Il est significatif, dans la doctrine italienne, que cet ordre de considérations ne soit pas étranger même aux partisans du droit administratif en tant que branche autonome du droit. V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 95: «Il est caractéristique du droit moderne, notamment dans le domaine de la science administrative, de créer des rapports *sui generis*, participants à l'un et à l'autre des deux anciens types classiques de rapports ou de droit public ou de droit privé»; S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 211, parle de relations «mixtes»: «les relations des uns et des autres [...] se rejoignent et s'entremêlent souvent».

<sup>49</sup> Rivero, *Le juge administratif gardien*, cit., 713. Récemment J. Caillosse, *L'État de droit administratif*, Paris, 2015, 227: «si les transformations croisées qui affectent ou dont profitent les droits public et privé, brouillent et relativisent les anciennes lignes de partage de l'ordonnement juridique, en aucune façon elles ne remettent en cause l'existence des deux droits».

<sup>50</sup> F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 683, celui de l'imbrication «est un langage suggestif qui contribue à alimenter cette culture de l'indifférence qui semble créer le terrain favorable pour la 'privatisation' de l'activité administrative».

de droit public. Il s'agit là aussi d'un sujet qui n'est pas nouveau dans l'histoire du droit administratif<sup>51</sup>.

Mis à part le cas d'un principe de caractère neutre qui n'a son origine que historiquement dans le droit privé, mais qui est un principe commun aux deux droits<sup>52</sup>, pour le reste toute ingérence de règles de droit privé ne fait pas perdre l'insertion dans le «système» de droit administratif<sup>53</sup>. Cette insertion implique que tous les principes propres à ce système soient activés et que la règle de droit privé soit applicable uniquement dans la mesure où elle est compatible ou, par une modulation adéquate, rendue compatible avec ces principes. Il n'est pas excentrique d'affirmer, en répondant à un débat ouvert<sup>54</sup>, que cette règle à l'occasion devient aussi une règle de droit public, car ce qui compte n'est pas une sorte d'ontologie a priori d'une règle considérée monadiquement, mais le système dans lequel elle s'inscrit chaque fois.

En définitive, il suffit de prendre acte de l'existence d'un «système» de droit administratif, ce qui confère à toutes ces questions une importance tout à fait relative. Et si les détracteurs pensent le contraire c'est seulement en raison du fait qu'ils ignorent délibérément ce «système» parce qu'ils veulent le détruire.

##### 5. *Le ratio fondamental de la distinction entre droit administratif et droit privé*

La différence entre le *Code Napoléon* et le droit administratif développé par le Conseil d'État ne réside pas dans la philosophie sous-jacente, qui est dans les deux cas une philosophie libérale. Il n'est pas sur le plan téléologique, mais plutôt sur celui des moyens juridiques que cette même philosophie exige des principes différents, respectivement, pour chacune des deux branches du droit.

---

<sup>51</sup> S. Romano, *ult. loc. cit.*, souligne «l'erreur très fréquente d'exclure des relations de droit public tout principe qui trouve sa place habituelle dans le droit privé»; Hauriou, *Précis de droit administratif*, cit., 222: «le juge administratif n'a pas à appliquer les règles du droit civil – il peut s'inspirer du principe de justice qu'elles contiennent, mais il n'a point à en respecter la formule précise»; Benoit, *Le droit administratif français*, cit., 67: «Ce n'est pas à dire que le juge administratif écarte systématiquement les règles du droit civil; il lui est arrivé de s'inspirer de certaines d'entre elles sur de points de détail; mais l'essentiel est qu'il ne s'est jamais considéré comme lié par elles».

<sup>52</sup> Dans la doctrine italienne, F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, 1914, réédition Padova, 1960, 48: «Ces instituts communs, régis par le droit privé et ses lois connexes, sont élaborés dans la doctrine de celui-ci, car c'est le premier droit qui a été perfectionné. Cependant, du fait que, en matière de droit public et en l'absence de règles spéciales de celui-ci [...], il faille aller chercher son ordre dans le droit privé, il serait erroné de penser qu'on passe d'un droit à l'autre: on utilise seulement les instituts communs».

<sup>53</sup> Laubadère, *op. cit.*, 32: même dans le cas d'une réception pure et simple d'une règle de droit privé, «cette circonstance ne contredit pas l'autonomie du droit administratif [...] parce que le juge administratif reste le maître de ces emprunts».

<sup>54</sup> Rivero, *Le juge administratif gardien*, cit., 703.

Le droit civil n'est naturellement pas très envahissant, présupposant les sphères d'autonomie des particuliers, c'est-à-dire leur liberté, alors que le droit public, pour protéger ces mêmes sphères d'autonomie et en général les intérêts des particuliers vis-à-vis de l'administration, impose des contraintes plus fortes aux pouvoirs publics<sup>55</sup>, parce qu'on ne peut pas laisser aux droits reconnus à l'administration le même degré de liberté dont jouissent les particuliers. Voilà la simple et fondamentale raison qui nous fait comprendre, hier comme aujourd'hui, pourquoi le droit administratif offre au citoyen un système supérieur de garanties.

Dans la même direction, on peut évoquer l'idée, dont on a trace aussi bien dans la doctrine ancienne que dans la contemporaine, que l'action administrative doit avoir un fondement «positif» dans le droit, c'est-à-dire qu'elle ne peut faire que ce qui lui est permis, lorsque les particuliers peuvent entreprendre toute action qui n'est pas interdite<sup>56</sup>. Bien entendu, cette idée ne signifie pas que l'activité administrative se traduit par une simple exécution de la loi, comme si elle était toute une compétence liée, sans aucun pouvoir discrétionnaire, mais que ce dernier doit également avoir un fondement juridique.

Tout cela a conduit à un régime juridique très efficace, on pourrait dire exorbitant en moins, tant pour les conditions de validité de l'acte de droit public que pour les recours juridictionnels.

## 6. *La qualité des contraintes découlant de la loi*

En droit privé, la violation de la loi ne rend l'acte nul que s'il existe une disposition expresse le prévoyant. Il est vrai qu'il existe aussi des nullités vir-

---

<sup>55</sup> Romano, *Prime pagine*, cit., 465: «les règles de droit privé qui accordent des droits et même des pouvoirs, se laissent généralement à la seule discrétion de leur titulaire. D'où une différence substantielle entre la position de l'administration et celle des particuliers. La première, est en général plus liée que ces derniers». Récemment, J. Barnes, *The Evolution of the Public/Private Divide. A Funcional Approach to Administrativ Law*, in J-B. Auby, *Le futur du droit administratif*, LexisNexis, 2019, 83: «there are (still) basic differences between private and public law»; «Governing relations between public authorities an individuals requires more safeguards was the original standpoint».

<sup>56</sup> F.G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, 1924, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 207: «tandis que l'individu peut faire tout ce qui ne lui est pas expressément interdit, l'administration ne peut faire que ce que la loi lui permet expressément de faire». Récemment dans la doctrine allemande, E. Schimdt-Aßmann, «*Quod ad staturm rei Romanae spectat*». *Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2017, 625 ss.: sur «le principe de l'asymétrie entre liberté et attribution (Kompetenz). Alors que le citoyen agit dans l'exercice de ses libertés élémentaires, l'État agit dans l'exercice de ses attributions légales». Ou dans la doctrine espagnole, Barnes, *op. cit.*, 81 ss.: «legality is the core principle of public law whereas autonomy is the core of private law»; «according to administrative law, public bodies may not undertake any intervention or activity unless it is legally et constitutionnally permitted, while under private law, individuals may take any action that is not forbidden».

tuelles, mais, sur le plan systématique, c'est l'exception, plus ou moins étendue, qui confirme la règle<sup>57</sup>.

En droit administratif, au contraire, la violation de la loi entraîne normalement l'invalidité, même s'il n'existe pas de disposition expresse à cet effet. Ce principe traditionnel, bien que récemment il a été en partie érodé par une tendance à élargir les cas de violations considérées comme de nature purement formelle, conserve son relief systématique<sup>58</sup>.

Un autre critère lié au précédent concerne la force contraignante des dispositions législatives.

En droit privé, les normes législatives ont normalement un caractère dispositif ou supplétif, alors qu'en droit administratif elles ont normalement un caractère impératif<sup>59</sup>. Il n'est pas important que des règles impératives puissent se trouver dans le droit privé, car, en dehors du fait qu'elles ne se transforment pas ainsi en règles de droit public<sup>60</sup>, cela ne fait pas disparaître sur le plan systématique la tendance opposée qui, dans les deux ordres juridiques, existe entre la règle et l'exception.

<sup>57</sup> Déjà C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, I, 4e ed., Paris, 1869, 119: «On ne trouve au Code Napoléon aucun article qui déclare, par voie de mesure générale, la nullité des actes faits contrairement à ses préceptes: les dispositions de ce Code ayant pour objet de prononcer des nullités sont toutes spéciales. Mais comme, d'un autre côté, il ne renferme aucun texte portant que les cas prévus par ces dispositions sont les seuls dans lesquels la violation de la loi entraîne nullité, il faut admettre, avec la doctrine et la jurisprudence, que le juge peut et doit quelquefois déclarer nuls des actes dont la nullité n'a pas été expressément prononcée par le législateur. Les nullités sont donc textuelles ou virtuelles»; M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 13e ed., Paris, 1946, 150.

<sup>58</sup> É. Lafferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Paris, 1888, 492 ss, qui n'admet que le cas où «l'omission portait, non sur la formalité même qui est imposée à l'acte, mais sur certains détails de son exécution», affirmant par ailleurs et en général que «Il faut se garder d'appliquer ici la règle qui est en vigueur dans certaines matières de droit civil et de procédure, selon laquelle les nullités ne se suppléent pas et doivent être expressément prononcées par la loi. Les lois administratives, à la différence des lois civiles, se bornent presque toujours à ordonner que telle forme sera suivie, telle vérification faite, sans s'expliquer sur la sanction de cette prescription: de telle sorte que cette sanction n'existerait presque jamais si la nullité n'était encourue que lorsqu'elle a été expressément prévue par un texte. A-t-on du moins le droit de distinguer entre les formalités substantielles et celles qui ne le sont pas? En règle générale, nous ne croyons pas qu'on doive s'attacher à cette distinction, lorsqu'il y a eu omission complète d'une formalité légale. Toutes les formalités prescrites par la loi doivent être réputées substantielles, parce que le législateur n'est pas présumé en avoir édicté de superflues». La rigueur du principe traditionnel trouve confirmation dans la critique exprimée, déjà dans les premières décennies du XXe siècle, par M. Waline, *Notes d'arrêts*, I, 1928, 538, qui déplorait le formalisme des «chinoiseries administratives». Sur la récente valorisation des vices formels dans la jurisprudence (anticipée par les mêmes conseillers d'État, D. Labetoulle, *Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation*, in *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, 2009, 479 ss.), Conseil d'État, Assemblée, n. 35033, 23 décembre 2011. En Italie, déjà, Cammeo, *Corso*, cit., 48, soulignait que dans le droit public «il existe une tendance à élargir considérablement le champ des nullités virtuelles, jusqu'à considérer que, sauf rares exceptions, toute violation de la loi entraîne nullité». Sur la tendance actuelle à valoriser les vices formels voir l'art. 21-octies de la loi n. 241 de 1990, introduit en 2005.

<sup>59</sup> Dans la doctrine italienne, O. Ranelletti, *Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento giuridico italiano*, 1941, in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1992, 32: «Les normes de droit public, en raison de la matière qu'elles régissent et des intérêts qu'elles protègent, sont généralement considérées comme étant d'ordre public».

<sup>60</sup> Comme l'a bien précisé, à propos de Savatier, J. Rivero, *Droit public et droit privé: conquête, ou statu quo?*, in *D.*, 1947, 69: «édicter dans telle matière une réglementation impératives n'est pas faire entrer cette

Le même modèle du droit administratif s'applique *mutatis mutandis* au droit constitutionnel qui n'a certes pas besoin de prévisions express pour produire des effets invalidants à l'égard des actes subordonnés qui seraient en contradiction avec lui.

## 7. *La multiplicité des sources écrites*

En droit privé, les limites à l'autonomie privée découlent de la loi, plus précisément des lois impératives ou des lois assorties d'une sanction d'invalidité, alors que, en droit administratif, l'administration est également liée par d'autres sources écrites et non écrites: le *bloc de la légalité* de Maurice Hauriou.

Toujours à propos des sources écrites et en omettant certaines sources (droit constitutionnel, droit de l'Union européenne, droit international, etc.) dont la prise en compte n'est pas nécessaire à notre argumentation, il s'agit avant tout et traditionnellement des règlements, c'est-à-dire de sources secondaires.

Mais il existe aussi d'autres sources qui, bien que n'étant pas à proprement parler, du moins dans un sens traditionnel, des sources du droit, constituent des critères de légitimité pour les actes individuels, comme par exemple une circulaire impérative ou un avis de concours, et que l'on pourrait définir comme une sorte de sources tertiaires<sup>61</sup>.

Le domaine des sources tertiaires est d'un grand intérêt, car il montre que le besoin de régulation des activités administratives n'est pas satisfait, sur le plan quantitatif, par les sources traditionnelles et peut également exiger, sur le plan qualitatif, une différenciation des techniques normatives, allant jusqu'à conduire à l'invention de modèles de légitimité plus flexibles, par rapport et en ajout au modèle rigide du respect d'une disposition législative ou réglementaire. C'est le cas, par exemple, de l'invention italienne<sup>62</sup>, déjà au début du XXe siècle, d'un type de *defeseable rule* (en Italie, les circulaires, lorsqu'elles ne sont pas qualifiées de circulaires-règlement), un

---

matière dans la sphère du droit public».

<sup>61</sup> Déjà dans la doctrine italienne, G. Salemi, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913, 4: «Les systèmes doctrinaires modernes se révèlent incomplets, dans la mesure où les enquêtes sur les actes publics ont été limitées à la loi et au règlement, comme si ces deux seules formes d'actes avaient une efficacité normative pour les activités publiques». Récemment, dans la doctrine allemande, R. Wahl, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, in *FG 50 Jahre BVerwG*, 2003, 571; E. Schmidt Assman, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, 37, souligne qu'il n'existe pas de *numerus clausus* des sources du droit administratif et que la pratique juridique montre, dans le domaine des normes sublégislatives, un haut degré de différenciation, qui va au-delà des différentes formes de règlements administratifs; Id., *Principes de base d'une réforme du droit administratif*, in *RFDA*, 2008, 427 et 667. *Funditus*, aussi dans une perspective comparée, M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

<sup>62</sup> Comme on peut également le déduire de N. Karadgé-Iskrow, *Contribution à la théorie des normes édictées en vertu d'un rapport de sujétion spéciale en droit public*, in *Rev. int. de la théorie du droit*, 1932, 217.

type qui se retrouvera dans d'autres systèmes juridiques, (les *verwaltungsvorschriften*<sup>63</sup> allemands et les *directives* françaises<sup>64</sup>): l'administration publique peut évidemment modifier ces règles, mais tant qu'elles sont en vigueur, elle est généralement tenue de les suivre, sauf (*defeseability*) la possibilité de dérogations, non prédéterminées, par des décisions motivées sur des cas spécifiques<sup>65</sup>.

## 8. *Les contenus étendus des contraintes découlant des normes écrites*

Dans le droit privé, la sphère des sujets est de règle juridiquement non pertinente, constituant le lieu naturel de l'autonomie. Un certain surplus d'ingérence, mais toujours limité, peut se retrouver dans le cas des personnes juridiques.

Dans le droit administratif, il y a en revanche une présence incomparable des normes écrites sur tous les aspects fondamentaux de la vie des administrations publiques: les objectifs, l'organisation, les pouvoirs et l'activité.

### 8.1. *Autonomie des fins versus hétéronomie des fins*

L'autonomie privée est avant tout, comme nous le rappelle également Rive-ro, une autonomie des fins: le privé est libre de choisir et de poursuivre n'importe quel but, avec la seule limite négative des fins illicites.

En revanche, l'administration publique ne peut poursuivre que les intérêts publics établis par le droit<sup>66</sup>, sinon l'acte administratif est illégal.

La pathologie se détermine non seulement dans le cas de la poursuite d'un intérêt privé, mais aussi bien dans le cas de la poursuite d'un intérêt public diffé-

<sup>63</sup> Wahl, *Verwaltungsvorschriften*, cit., 573, définit la figure comme une sorte de pratique anticipée que l'administration doit respecter, mais pour laquelle il existe toujours une réserve non écrite en faveur du cas atypique.

<sup>64</sup> Le modèle original de directive de M. Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, II, 1929, 93, ne prévoyait pas en effet la possibilité de dérogations. Il faudra attendre l'affaire Crédit foncier de France de 1970 et, en doctrine, M. Waline, *L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des directives*, in *RDJ*, 1971, 1229 ss., qui saisira la particularité du modèle, définissant la directive comme une sorte de pseudo-règle de droit.

<sup>65</sup> F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, III, 1912, 103 ss.: «La violation de la circulaire ne peut pas être un vice absolu de l'acte, comme c'est le cas pour une loi ou un règlement. Il reste donc à l'administration la faculté de démontrer que, dans le cas particulier, il existait des raisons d'intérêt public pour s'écarter de la circulaire, et susceptibles de fournir une cause à l'acte. Mais tant que cette preuve n'est pas apportée, la preuve différente résultant de la circulaire demeure valable, et donc l'illégalité de l'acte pour excès de pouvoir».

<sup>66</sup> Dans la doctrine italienne, sur l'hétéronomie des fins, mon Maître, G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 368.

rent. Chaque administration est donc légitimée à poursuivre non pas n'importe quel intérêt public, mais seulement cet intérêt public particulier qui est confié à ses soins.

## 8.2. *Compétence*

Le génie juridique libéral, dans la recherche des garanties pour la liberté des citoyens, a trouvé sa plus grande expression dans l'organisation des pouvoirs publics. Au cours du XIXe siècle, on est allé au-delà de la séparation des pouvoirs de Montesquieu, entraînant une fragmentation des pouvoirs même à l'intérieur de chaque pouvoir, afin de prévenir non seulement un *Léviathan* tout court, mais aussi des monstres de second degré, toujours redoutables: un *Léviathan* législatif, juridictionnel ou administratif<sup>67</sup>.

Nous ne nous trouvons pas, au contraire, face à un sujet public qui s'occupe de tous les intérêts publics et qui concentre en lui toutes les compétences et tous les pouvoirs administratifs, c'est-à-dire à un *Léviathan* administratif.

Nous nous trouvons face à une multiplicité d'entités publiques et la répartition des compétences administratives est telle qu'elle entraîne une séparation non seulement entre une pluralité de personnes juridiques publiques, mais aussi, au sein de celles-ci, entre une pluralité d'organes (par exemple, dans la commune, les attributions du maire et les attributions du conseil municipal).

Il s'agit d'un imposant corps de règles contraignantes qui conditionne la légitimité des actes administratifs et qui n'a pas d'égal dans aucune organisation de droit privé.

## 8.3. *Spécialité des pouvoirs publics versus autonomie contractuelle*

En droit privé, l'autonomie s'exprime aussi comme autonomie des «moyens»: les particuliers, par exemple, pouvant créer n'importe quel modèle contractuel<sup>68</sup>, avec la seule limite négative des contrats illicites.

---

<sup>67</sup> M. Mazzamuto, *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo*, in *Diritto e società*, 2018, 120 ss.: Dans le pouvoir judiciaire, il n'y a pas un collège juridictionnel ayant le pouvoir de décider de tous les litiges, mais une multiplicité de juges. L'autonomie du juge individuel ne se projette pas seulement dans la défense extérieure contre d'autres pouvoirs, elle joue également une fonction interne, afin d'éviter que ce même pouvoir judiciaire ne devienne une phalange compacte et effrayante. Dans le parlement, l'autonomie du député, découlant du principe fondamental de l'interdiction du mandat impératif, agit aussi comme une contre-limite interne au monolithisme d'un organe législatif encore plus effrayant.

<sup>68</sup> Planiol, Ripert, *op. cit.*, II, 34 ss.: «Le principe de la liberté contractuelle entraîne cette conséquence que les parties peuvent créer un contrat nouveau».

En droit public, les pouvoirs ou droits de droit public de l'administration, quels qu'ils soient considérés comme tels, sont soumis à un régime bien plus strict.

L'attribution à une administration d'une mission déterminée d'intérêt public ne signifie pas qu'elle puisse exercer n'importe quel pouvoir, mais seulement les pouvoirs spécifiques qui lui sont conférés par le droit<sup>69</sup> ce qui peut conduire au vice d'incompétence.

En même temps, chaque pouvoir, outre l'intérêt public auquel il est destiné, est normalement soumis à un degré, plus ou moins intense, des conditions substantielles, de fait et de droit, non moins nécessaires à la légalité de l'acte.

#### 8.4. *Contraintes dans la formation de la volonté administrative*

En droit privé, le parcours de formation de la volonté fait partie de l'autonomie privée. À l'exception des cas de nullité absolue, c'est-à-dire de graves irrégularités affectant l'ordre public et les bonnes moeurs, la sphère interne est parfois prise en compte, mais pour protéger le même sujet (par ex. les vices du consentement dans le contrat) et non pour protéger les tiers.

En droit public, la formation de la volonté administrative donne lieu à une procédure juridique, dans laquelle des modalités obligatoires, de caractère général ou par types de procédures, sont souvent prévues: par exemple, les enquêtes publiques, le contradictoire avec les intéressés, le droit d'accès aux documents, les avis d'autres organismes, les avis de concours, la motivation des décisions, etc. Bien que ce soit surtout dans ce domaine que les vices formels ont trouvé leur développement, le respect de ces modalités de règle conditionne la validité des actes.

#### 9. *Une clause générale: le juge prétorien chasseur de l'arbitraire*

Au XIXe siècle, il était déjà parfaitement clair que les limites découlant de sources écrites ne seraient pas suffisantes. Alors que le libre arbitre laissé aux privés par la loi répondait à une axiologie positive, comme nous le rappelle également Rivero, il ne pouvait en être de même pour l'administration<sup>70</sup>. C'est la rai-

<sup>69</sup> Dans la doctrine italienne, G. Zanobini, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 186: l'administration «jouit d'une autonomie limitée dans la faculté de choisir parmi les divers moyens possibles celui qui est le plus adapté à la réalisation des buts qui lui sont assignés», de sorte que, sous cet aspect, «l'autonomie privée est plus étendue et plus complète que l'autonomie publique».

<sup>70</sup> Dans la doctrine italienne, V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato*, cit, III, 1901, 667: en droit privé, «la maxime *quod feci iure feci* constitue une barrière insurmontable» alors que «dans les rapports du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, on ne peut admettre une incontestabilité aussi abso-

son pour laquelle nous utilisons le terme «pouvoir discrétionnaire» et non celui de liberté<sup>71</sup>, en vue de la nécessité de concilier, selon un principe de proportionnalité, l'intérêt public et les intérêts privés<sup>72</sup>.

Dans l'épopée de la construction du droit administratif, le juge prétorien a été un chasseur de l'arbitraire au-delà de la loi.

C'était l'équité gracieuse<sup>73</sup> à la base de ce processus, qui, en limitant le pouvoir discrétionnaire, produisait deux types de résultats. D'une part, la création prétorienne de règles visant à prévenir l'arbitraire: par exemple, il peut sembler arbitraire que l'administration, au moins dans certains types de décisions, ne prévoie pas un contradictoire ou ne fournisse pas de motivation. D'autre part, le contrôle d'équité sur le cœur même de la décision discrétionnaire: qu'il s'agisse de

---

lue de l'exercice de ce pouvoir et l'on impose des restrictions qui trouvent leur origine dans des considérations toutes particulières au droit administratif»; «le détournement (*cattivo uso*) de ce pouvoir ne peut que soulever le problème d'une défense appropriée. Ici apparaît, dans toute sa gravité scientifique, la spécialité du droit public».

<sup>71</sup> Dans la doctrine italienne, Zanobini, *Autonomia*, cit., 186: «les limites intérieures diffèrent dans les deux domaines, car le privé, dans les limites établies par la loi, dispose d'une pleine liberté, alors que l'organisme public ne jouit que de cette liberté particulière qu'on appelle de manière plus appropriée pouvoir discrétionnaire»; O. Ranellotti, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 366: il n'est pas possible de «comparer les actes discrétionnaires de l'administration aux actes juridiquement irrévocables, que dans le droit privé chaque individu peut accomplir dans le cadre de sa sphère libre».

<sup>72</sup> La philosophie des conseillers d'État est bien illustrée dans les conférences données aux fonctionnaires par L. Aucoc, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif faites à l'École Impériale des Ponts et Chaussées*, I, Paris, 1869, XI: «Dans l'exercice de cette mission, vous devez assurément être fidèles à votre devoir, c'est-à-dire faire respecter, faire prédominer l'intérêt public; mais n'oubliez pas, je vous en conjure, non-seulement de respecter le droit privé, mais même de ménager l'intérêt privé. On trouve toujours très doux de jouir des avantages que procure la société; on a toujours de la peine à se soumettre aux sacrifices qu'elle impose. Ne faites pas trop sentir le sacrifice, adoucissez-le; ou du moins restreignez-le dans la limite de ce qui est strictement nécessaire». Dans la doctrine italienne, Orlando, *Principii*, cit., 346: «le pouvoir discrétionnaire de statuer sur des intérêts privés ne doit jamais être considéré comme arbitraire» et si on remonte «à l'objectif propre de l'administration publique, on trouvera dans celui-ci une véritable obligation juridique de prendre en compte les intérêts des particuliers, en les accordant aussi au bien de la communauté» et, à l'instar de Romagnosi, «même lorsque l'utilité générale doit prévaloir sur le particulier, il sera juste [...] de rechercher la manière pour que la lésion dont il souffre soit la plus petite possible et soit, autant que possible, réparée».

<sup>73</sup> L. Aucoc, *De recours pour excès de pouvoirs devant le conseil d'État*, Paris, 1878, 17: «c'est précisément la fiction constitutionnelle d'une juridiction exercée par le Souverain qui a permis au Conseil de créer le recours pour excès de pouvoirs et de lui donner tous les développements que nous allons signaler»; Laferrière, *op. cit.*, 382: «l'extension du droit de recours et des moyens d'annulation s'est principalement opérée sous le régime de la justice retenue, antérieurement à la loi du 24 mai 1872. Le Conseil d'État, qui rendait ses décisions au nom du chef suprême de l'administration, avait alors plus de latitude que n'enaurait avoir un tribunal administratif, si haut qu'il fût placé, pour créer en dehors des textes, et pour faire accepter aux administrateurs de tout ordre, un contrôle chaque jour plus sévère de la légalité de leurs actes». L. Aucoc, commissaire du Gouvernement, dans l'affaire *Ville de Marseille*, in *Annales des ponts et chaussées*, 1865, 367: le Conseil d'État «est une juridiction d'équité»; M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1892, 713: la juridiction administrative «est essentiellement prétorienne»; Duguit, *The French Administrative Courts*, cit., «The part played by the French Council of State and by French jurists versed in public law may assuredly be compared, and not unfavorably, with that of the Roman praetor and iurisprudentes»; aussi V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit, 665: «la compétence d'annulation, dans le cadre du contentieux administratif, peut s'étendre à un champ plus large que celui de la légalité au sens formel strict. Nous devons cette conception large à la jurisprudence du Conseil d'État français, qui peut suggérer certaines comparaisons avec l'*aequitas* romaine».

la proportionnalité, du caractère raisonnable, du rapport coût-avantage, de l'injustice manifeste, du respect du principe d'égalité, etc..

Dans la seconde moitié du XXe siècle de nombreux principes prétoriens ont été codifiés par le législateur et l'espace pour la création de nouvelles règles a diminué, mais pour le reste la mission de chasseur de l'arbitraire n'a jamais disparu.

Peu importe ici qu'on détermine quelle est la frontière toujours incertaine entre légitimité et opportunité, problème qui a commencé à se poser au moment où, à la fin du XIXe siècle, le recours gracieux est devenu un recours juridictionnel. Ce qui est sûr, c'est que la décision discrétionnaire n'est pas un lieu de liberté, comme dans l'autonomie privée, mais qu'elle est soumise, dans une certaine mesure, à des limites internes qui peuvent conditionner la légitimité des actes.

## 10. *Le caractère général du recours en annulation*

Le bloc de la légalité de droit public présente donc, en quantité et en qualité, un ensemble impressionnant de contraintes juridiques, issues des sources écrites et des principes prétoriens, qui présente une intensité incomparable aux contraintes de droit privé. Mais la différence entre les deux systèmes est non moins frappante du côté des remèdes.

En droit public, l'annulation est un recours général contre tout acte administratif de droit public qui est illégal<sup>74</sup>. En droit privé, l'annulation n'a lieu que dans les cas où le respect d'une disposition législative est expressément à peine de nullité. Cela ne doit pas surprendre car l'annulation est une sanction très envahissante de l'autonomie privée.

Cette différence reflète quelque chose de plus profond.

En droit privé, il y a traditionnellement une primauté substantielle de la réparation des dommages-intérêts, même si la possibilité d'une réparation en nature est prévue et a trouvé un soutien supplémentaire dans les astreintes, tandis que les études de droit comparé montrent une différence plus théorique que pratique entre le *common law* et le droit civil continental<sup>75</sup>. Cela ne doit pas

---

<sup>74</sup> T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 3e éd., Paris, 1868, 123: «Ce droit de recours au conseil d'État pour incompétence ou excès de pouvoir, est général; il s'applique indistinctement à tous les actes émanés d'une autorité, d'un conseil ou d'un tribunal administratif»; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III, 3e éd., Paris, 1923, 705: «La sanction général du principe de légalité, considéré tant au point de vue formel qu'au point de vue matériel, consiste, en principe dans l'annulation de l'acte fait en violation de la loi». Dans la doctrine italienne A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, 758: «l'exercice du pouvoir d'annulation, étant la dérivation d'une nouvelle conception du droit public répandue chez les peuples civils modernes [...] doit être organisé par des règles générales».

<sup>75</sup> F.J. Oosterhuius, *Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century*, Leiden Boston, 2011,13: «In Anglo-American jurisdictions specific performance or specific relief is available

surprendre car, au-delà des affirmations abstraites de principe, la réparation en nature est aussi une sanction très envahissante de l'autonomie privée.

En droit public, il existe au contraire la prééminence tendancielle d'une protection visant à l'exercice légitime, par omission ou commission, du pouvoir administratif: on pourrait dire une sorte de réparation en nature ou, avec la dogmatique italienne, une protection "in forma specifica". Cela ne doit pas surprendre car si nous appliquions la primauté de la réparation des dommages-intérêts aux rapports de droit public, nous entrerions dans l'antichambre d'un système autoritaire, c'est-à-dire d'un État qui peut faire ce qu'il veut, même illégitimement, n'ayant qu'à mettre de l'argent dans le sac du malheureux citoyen. Imaginez que *mutatis mutandis* cette primauté doive s'appliquer au droit constitutionnel, laissant en vie une loi tyrannique: de mal en pis.

Le recours en annulation est historiquement le moyen le plus important de la justice administrative<sup>76</sup> et ce n'est pas un hasard si le Conseil constitutionnel français a statué que "relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique" (décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987).

Lorsque le citoyen s'oppose à l'administration, par exemple dans le cas d'une réquisition, l'annulation est immédiatement satisfaisante, permettant le retour au *status quo ante*, sauf la réparation éventuelle des dommages déjà produits. Lorsque le citoyen demande quelque chose à l'administration, par exemple une autorisation, l'annulation du refus remet la question en jeu mais n'est pas immédiatement satisfaisante, car le juge ne peut se substituer à l'administration et accorder lui-même l'autorisation.

Mais il est très important de souligner que si l'annulation en droit privé ne concerne que le passé, l'annulation en droit public pose aussi un lien juridique qui conditionne la légalité des actes futurs de l'administration. La portée de ce lien dépend de ce qui a été examiné par le juge. Si l'annulation est pour vice d'incompétence, le contenu de l'acte futur n'est pas encore affecté, mais si, à l'autre extrême, l'annulation touche à toutes les conditions substantielles, l'administration n'aura pas plus de choix: par exemple, ne pourra plus émettre un nouvel acte de réquisition ou devra finalement délivrer l'autorisation.

---

under equity, as an exceptional remedy [...]. In fact, many scholars suggest that contemporary Anglo-American and civil law jurisdictions do not differ greatly in the application of their respective remedies -often in civilian legal system specific performance is claimed in a much smaller proportion of cases than damages». Il est difficile de dire si, en France, la récente réforme de 2016, qui, entre autres, a abrogé le célèbre art. 1142 C. civ., conduira, sur le plan pratique, à une statistique différente des exécutions en nature, sans oublier, mais au profit du débiteur, l'introduction du critère de proportionnalité.

<sup>76</sup> Benoit, *Le droit administratif français*, cit., 574: «le recours pour l'excès de pouvoir est [...] la garantie essentielle des droits des administrés face au risque inéluctable d'arbitraire de l'Administration».

Il reste bien sûr le problème d'une administration qui continue à se rebeller. Cela a conduit en France à renforcer le pouvoir du juge par les astreintes et les injonctions<sup>77</sup>, alors qu'en Italie on a adopté une solution plus radicale avec le «giudizio di ottemperanza», dans lequel le juge est titulaire de pouvoirs substitutifs.

Dans l'ensemble, il est évident que le système poursuit principalement un objectif: garantir en nature, pour la protection des intérêts des citoyens, la légitimité de l'action administrative.

### 11. *L'ampleur du locus standi*

En droit privé, la liste des intérêts protégés, bien qu'elle puisse être étendue, doit néanmoins rester dans certaines limites, car une multiplication des droits finirait par porter atteinte au cœur de l'autonomie privée. En droit public, au contraire, on donne une importance juridique à un plus large éventail d'intérêts vis-à-vis de l'administration.

La différence qui en découle est évidente: la limite que chaque droit trouve face à des droits concurrents est plus large dans le droit public que dans le droit privé. Là aussi, l'administration est donc soumise à un régime juridique plus contraignant.

L'ampleur du *locus standi* est un autre héritage de l'équité gracieuse et constitue un principe traditionnel de la justice administrative<sup>78</sup>. Il est vrai qu'une

<sup>77</sup> Récemment, *60 ans d'exécution des décisions du juge administratif: discours de Didier-Roland Tabureau*, vice-président du Conseil d'État, 23 octobre 2023, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

<sup>78</sup> Comme je l'ai déjà souligné à d'autres occasions (Mazzamuto, *The formation*, cit., 307), l'idée du caractère objectif du recours (R. Chapus, *Droit administratif général*, I, 14<sup>e</sup> ed., 2000, 772) est un escamotage, entre autres, à travers lequel, après le passage à la justice déléguée, c'est-à-dire à un Conseil d'État devenu formellement juge, on a cherché à justifier la persistance des instituts traditionnels de l'équité gracieuse, dans ce cas la largeur du *locus standi* (*ubi remedium ibi ius*). Sans recourir à des superfétations, l'opinion pragmatique de Laferrière, qui a dû affronter le problème en premier, reste valable. Laferrière, *op. cit.*, 404 ss.: il observe d'une part qu'il faut un «intérêt direct et personnel», selon «une règle depuis longtemps consacrée par la jurisprudence» (c'est-à-dire par la jurisprudence gracieuse), intérêt qui ne peut donc pas être confondu «avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité», d'autre part, que cette règle «semble plus large que la règle ordinaire relative aux actions en justice». Comme l'a bien souligné N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, 2003, 303: «Certes, à l'instar de Jèze, la doctrine de l'époque s'efforça de démontrer que le juge de l'excès de pouvoir continuait à ne connaître que de questions de droit objectif. Mais la réalité était bien que le recours pour excès de pouvoir servait à défendre des intérêts purement individuels, des droits subjectifs lato sensu, voire des situations juridiques subjectives au sens de Duguit». Dans la doctrine italienne, Orlando, *Principii*, cit., 343 ss.: «les intérêts du privé à qui la voie gracieuse s'ouvre n'ont pas une base différente, intrinsèquement, de celle des droits: il leur manque seulement l'action» judiciaire; «le droit commun nous enseigne [...] qu'il n'existe pas de protection juridique des intérêts simples», mais «ce principe de droit commun ne peut être accepté, tel qu'il est, par le droit public».

tendance restrictive a pu être observée ces dernières années<sup>79</sup>, mais nous sommes encore loin de l'éventail bien plus limité des intérêts protégés par le droit privé.

En définitive, en droit public, l'administration est littéralement entourée par les titulaires de nombreux intérêts concurrents, qui peuvent faire valoir un ensemble important de contraintes juridiques et qui peuvent bénéficier du puissant recours en annulation. Rien de comparable au régime juridique des actes de droit privé.

Il serait possible de poursuivre et de mettre en évidence d'autres profils, mais ce qui a été représenté ci-dessus est suffisant pour démontrer la différence remarquable entre les deux ordres juridiques.

## 12. *Les véritables raisons des détracteurs et le défi du futur*

Il n'est pas nécessaire d'approfondir les thèses des détracteurs de la *summa divisio* des premières décennies du XXe siècle. Il s'agit en effet de critiques inoffensives, car elles se déplacent sur un plan apical qui regarde le fondement du phénomène juridique tout court. Cela n'a pas empêché Hans Kelsen d'affirmer que la distinction garde une importance «intrasystémique», tout comme cela n'a pas empêché Leon Duguit d'affirmer que la distinction concerne la diversité des sanctions et de s'ériger en défenseur du droit administratif français<sup>80</sup>.

Bien d'autres raisons peuvent être envisagées à propos des détracteurs qui ont commencé à émerger dans les décennies suivant la fin de la seconde guerre mondiale. Il s'agit cette fois d'une attaque frontale contre le droit administratif, de Charles Eisenmann à, en Italie, Massimo Severo Giannini, dont l'origine n'est pas facile à comprendre sur le plan scientifique. L'impression est que ces nouvelles orientations sont l'expression d'une stratégie plus large visant à anglo-américaniser la culture politico-juridique européenne.

Rien d'étonnant, surtout pour ces pays comme l'Allemagne et l'Italie qui avaient commencé la guerre et étaient gouvernés par des dictatures. Ce n'est pas par hasard que ces pays se sont rapidement dotés de constitutions, inspirées de principes démocratiques et libéraux, pour les préserver des erreurs tragiques du passé. Un changement pas difficile à repérer, car les déclarations de droits faisaient partie intégrante de la tradition américaine et les formes de gouvernement

<sup>79</sup> À propos de la *vicinitas*, M. Mazzamuto, *La malasorte della vicinitas: ulteriore segno dei tentativi di rottura della gloriosa tradizione della giustizia amministrativa*, in *Studi in onore di Filippo Salvia. Atto del Convegno "Quale piano per il futuro dell'urbanistica"*, Napoli, 2022, 471 ss.

<sup>80</sup> Beaud, *op. cit.*, 27, parle d'une sorte de schizophrénie de Duguit.

des états démocratiques, même avec différentes variantes, avaient toujours leur origine dans le modèle du gouvernement parlementaire anglais.

Mais il y avait quelque chose qui, au contraire, n'était pas facile à ramener à la tradition anglo-américaine: le système de droit administratif français.

Le cas de Giannini est significatif. Il est bien étrange que trop tôt, déjà dans les années soixante du siècle dernier, un professeur de droit administratif, depuis longtemps dans l'intelligentsia du Parti socialiste italien, ait indiqué, comme modèle de système juridique à imiter, l'Angleterre, c'est-à-dire la patrie du capitalisme libéral, et qui, en prenant soin de la traduction italienne du manuel de Wade (le choix de cet auteur n'est pas un hasard), par une manipulation évidente et peremptoire de la réalité juridique (ante *judicial review*) du droit anglais, se pose enfin la question suivante: «Ce n'est pas la première fois que je constate que l'ordre anglais atteint les mêmes résultats que celui de notre pays [...] Ce serait plutôt l'occasion d'inviter à constater comment les systèmes de justice administrative en usage en Italie et en France apparaissent aujourd'hui vraiment vieillissants [...] A notre avis, le jugement qui se donnait au siècle dernier, selon laquelle il fallait attribuer au génie des juristes français de la période révolutionnaire la création du droit administratif comme instrument de la légalité de l'administration et comme instrument de la protection du citoyen contre l'arbitraire du gouvernement avant, du gouvernement et de l'administration, puis, s'est complètement renversé. La réalité, aujourd'hui, est que le système anglais, dans lequel aucun juriste génial n'a inventé le droit administratif, progressant sur sa voie et avec les moyens qu'il avait historiquement, est arrivé plus loin que les systèmes continentaux. Sur la distance, le droit administratif 'continental' s'est révélé une complication et un embêtement. Est-il venu le temps de le détruire?»<sup>81</sup>.

Récemment, Sabino Cassese envisage deux possibilités: ou «the end of administrative law», qui «has lost its particularities, has become an hybrid, has been de-structured», ou «a new administrative law» qui «is more open than the old administrative law and is focused on 'steering' rather than ordering», en déclarant catégoriquement que «Anglo-Saxon law is now the point of reference»<sup>82</sup>.

Il s'agit, à mon avis, de pures et arbitraires suggestions, factieusement instrumentales à l'objectif poursuivi. Si l'on veut maintenir un haut niveau de garanties du citoyen face à l'administration, c'est le droit administratif issu de la tradition française qui était et doit continuer d'être le point de référence, comme le

<sup>81</sup> M.S. Giannini, *Presentazione*, H.W.R. Wade, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969, in *Scritti*, V, Milano, 2004, 1119 ss.

<sup>82</sup> S. Cassese, *The current state of administrative law*, in Auby, *Le futur*, cit., 3-4.

montre aussi le fait que ce sont plutôt les Anglais qui ont imité le système français depuis l'introduction du *judicial review*<sup>83</sup>.

Aujourd'hui, cette stratégie est alimentée également par le thème non moins suggestif de la globalisation, représentée comme un adversaire de la *summa divisio*: «l'univers juridique de la globalisation n'est pas ouvert à la distinction du droit public et du droit privé»<sup>84</sup>. Mais il est trop tôt pour dire s'il existe en effet un véritable droit global et quels en seront les contenus, afin d'en tirer des conséquences systématiques sur les ordres juridiques nationaux. Il est, au contraire, significatif que l'expérience du droit de l'Union européenne, qui a atteint un degré bien plus structuré que ce prétendu droit global, n'a pas entraîné de dépassement de la *summa divisio*<sup>85</sup>. Le droit européen a plutôt adopté un système de protection juridictionnelle qui découle clairement de la tradition de la justice administrative française.

La globalisation, au-delà des suggestions des détracteurs du droit administratif, soulève cependant une question plus profonde.

La dépendance croissante vis-à-vis de la concurrence internationale exerce une pression considérable sur la capacité des États à réagir rapidement et efficacement. Si, à partir des années quatre-vingt du siècle dernier, on s'est surtout occupé du sort de l'État-providence, c'est maintenant l'État de droit qui est en danger: les garanties juridiques traditionnelles face aux pouvoirs publics sont considérées comme un obstacle, presque un luxe que, dans une certaine mesure, nous ne pouvons plus nous permettre.

Cela est démontré par l'émergence d'une prédilection pour des formes de gouvernement plus autoritaires, même si elles demeurent encore démocratiques, qui privilégient la stabilité des gouvernements et leur capacité décisionnelle, accompagnée de la gêne pour le contrôle des cours constitutionnelles.

Cela est également démontré par l'émergence d'une aversion pour les régimes juridiques qui présentent trop de contraintes à l'action des administrations publiques, comme c'est précisément le cas du droit administratif, accompagnée de la gêne pour le contrôle des juges administratifs. On trouve ainsi *ad*

<sup>83</sup> J. Rivero, *Dualité de juridictions et protection des libertés*, in *RFDA*, 1990, 738: «Ce serait oublier, d'ailleurs, que la plupart des pays de l'Europe continentale se sont ralliés à la solution dualiste, et que les grands juges britanniques, en se montrant attentifs à la jurisprudence de notre Conseil d'État, ont, implicitement, reconnu les apports positifs du dualisme».

<sup>84</sup> J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, 2020, 215. Barraud, *op. loc. cit.*, affirme que «la globalisation -qui est aussi une globalisation du droit- engendre un syncrétisme des cultures juridiques dans lequel le common law tend à s'imposer, spécialement en matière de droit économique, si bien qu'est évoquée une «américanisation du droit» peu compatible avec la *divisio public-privé*». Barraud mentionne plusieurs contributions d'un numéro entier des *Archives de philosophie du droit* de 2001 sur *L'américanisation du droit*, qui ne contient cependant pas une partie consacrée au droit administratif.

<sup>85</sup> J.-S. Bergé, *La summa divisio droit public-droit privé et le droit de l'Union européenne: une question pour qui? Une question pour quoi?*, in Bonnet, Deumier, *op. cit.*, 54.

*abundantiam* une confirmation de la différence évidente entre le droit administratif et le droit privé: la privatisation est en réalité une manière de rendre l'administration plus libre, dans l'espoir ou dans l'illusion qu'elle peut ainsi devenir plus efficace<sup>86</sup>.

Il s'agit d'un défi énorme: si et dans quelle mesure nous pourrions préserver les merveilleuses créatures que la civilisation juridique occidentale a construites par l'État de droit et sans oublier que parmi ces merveilleuses créatures il y a aussi le droit administratif issu de la tradition française?

---

<sup>86</sup> Laubadère, *op. cit.*, 44: «À l'extrême de cette évolution, on constate dans certains cas un renversement d'attitude à l'égard du régime administratif: considéré uniformément à l'origine comme protecteur des intérêts publics [...], le régime administratif est parfois perçu aujourd'hui comme un handicap, une gêne, notamment dans l'administration économique et, pour cette raison, écarté au bénéfice du droit privé»; Rebollo Puig, *op. cit.*, 40: «l'application du droit privé à l'administration gagne désormais du terrain pour de nouvelles raisons plus surprenantes, à savoir en raison de la diffusion de la conception du droit administratif comme obstacle à l'efficacité de l'administration [...] Ce n'est pas que les partisans de cette conception aient adhéré sur le tard aux anciennes critiques anglo-saxonnes du «régime administratif» français, ni que, soucieux de la défense des libertés des citoyens, ils réforment le droit administratif pour prévenir les risques résultant des privilèges de l'administration. Absolument pas. Bien au contraire, même si on ne l'avoue pas expressément, la critique fondamentale que l'on adresse au droit administratif concerne son excès de garanties pour les citoyens et ses nombreuses limites pour les administrateurs publics»; Barnes, *op. cit.*, 96: «The application of private law by public authorities has been seen, not without reasons, in a negative light, as an avoidance of administrative law and the guarantees it affords».

*Marco Mazzamuto - Abstract*

*Pour une défense du droit administratif issu de la tradition française*

Il contributo ha per oggetto la *summa divisio* ed è volto a dimostrare che il diritto amministrativo ha un regime proprio e differente dal regime di diritto privato, attraverso la valorizzazione di quelle che nella dottrina amministrativistica francese sono definite come *dérogations en moins*.

*Defending administrative law in the French tradition*

The contribution focuses on the *summa divisio* and aims to demonstrate that administrative law has its own regime, distinct from that of private law, through the enhancement of what in French administrative law doctrine are defined as *dérogations en moins*.

